

Grundsätze der Streitwertbestimmung

Dissertation
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Michael Frey

von Gontenschwil AG

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Paul Oberhammer

und

Prof. Dr. Tanja Domej

Editions Weblaw, Bern 2017

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 5. Oktober 2016

Die Dekanin: Prof. Dr. Brigitte Tag

O	Codex
I	Commentatio
II	Colloquium
III	Dissertatio
IV	Doctrina
V	Liber amicorum
VI	Magister
VII	Monographia
VIII	Thesis
IX	Scriptum
X	Anthologia

Editions Weblaw

ISBN 978-3-906836-54-6

© Editions Weblaw, Bern 2017

Alle Rechte sind dem Verlag Editions Weblaw vorbehalten, auch die des Nachdrucks von Auszügen oder einzelnen Beiträgen. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Dies gilt insb. für Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Cover: Alice Blumer, Weblaw AG

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Oktober 2016 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich als Dissertation angenommen.

Mein aufrichtiger Dank geht insbesondere an meinen Doktorvater, Herrn Professor Dr.Dr.h.c. Paul Oberhammer, der mir bei der Ausarbeitung meiner Dissertation grösstmögliche Freiheiten gewährt hat. An seinen spannenden Seminaren durfte ich verschiedene neue Rechtsordnungen kennen lernen, was mir einen Blick über die Grenzen ermöglichte. Professor Dr. Tanja Domej danke ich für die äusserst speditive Zweitbegutachtung meiner Arbeit.

Zu ganz besonderem Dank bin ich meinen Eltern für ihre grenzenlose Unterstützung verpflichtet. Sie haben mich während meines Studiums, aber auch darüber hinaus, in allen Belangen stets unterstützt. Weiter möchte ich allen meinen Kollegen am Handelsgericht des Kantons Aargau für die vielen wertvollen Diskussionen danken. Insbesondere seien die zahlreichen Anregungen von lic. iur. Daniel Peyer, Rechtsanwalt, Dr. Meinrad Vetter, Obergerichter, und lic. iur. Matthias Lindner, Rechtsanwalt, verdankt. Äusserst dankbar für die sorgfältige Durchsicht der Arbeit mit diversen Bemerkungen bin ich auch lic. iur. Philipp Weber, Rechtsanwalt. Schliesslich gebührt meiner Frau, MLaw Isabelle Gisler, Rechtsanwältin, ganz spezieller Dank. Nicht nur hat sie stets viel Verständnis für die aufgeopferten Stunden gezeigt, sondern durchkämmte meine Arbeit mehrmals in den verschiedenen Stadien und unterstützte mich mit wichtigen Hinweisen.

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommer 2016 abgeschlossen.

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	1
Inhaltsübersicht	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XVII
Materialienverzeichnis.....	XXVII
Literaturverzeichnis.....	XXIX
Teil 1: Einleitung und Grundlagen	1
Teil 2: Historische und systemvergleichende Betrachtung.....	39
Teil 3: Grundsätze der Streitwertbestimmung.....	109
Teil 4: Besondere Vorschriften zur Streitwertbestimmung.....	167
Teil 5: Zusammenfassung der Erkenntnisse.....	291
Stichwortverzeichnis	303

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	1
Inhaltsübersicht	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XVII
Materialienverzeichnis.....	XXVII
Literaturverzeichnis.....	XXIX
Teil 1: Einleitung und Grundlagen	1
§ 1 Einleitung	1
§ 2 Grundlagen.....	4
A. Begriffliches.....	4
I. Streitwert als wirtschaftliche Bewertung des Streitobjekts	4
II. Terminologische Unterscheidung Streitwertberechnung, Streitwertbemessung und Streitwertbestimmung	5
B. Vermögensrechtliche und nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten	6
I. Abgrenzung.....	6
II. Vermögensrechtliche Streitigkeiten.....	8
III. Nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten	12
1. Personenrechtliche Streitigkeiten	13
2. Familienrechtliche Streitigkeiten	14
C. Funktionen des Streitwerts	15
I. Zuständigkeitsstreitwert.....	15
1. Einzel- oder Kollegialgericht.....	16

	2.	Handelsgerichtliche Zuständigkeit im Besonderen	17
	3.	Prorogationsmöglichkeit einer einzigen kantonalen Instanz.....	19
II.		Rechtsmittelstreitwert	20
III.		Gebührenstreitwert	21
	1.	Bemessungskriterien der Prozesskosten.....	22
	2.	Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip als verfassungsmässige Schranken.....	24
	3.	Streitwertanpassung zur Verhinderung einer übermässigen Kostenfolge?	27
	4.	Weitere Schranken bei der Prozesskostenfestlegung	30
	5.	Nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten	30
	6.	Gebührentarif des Bundesgerichts	31
	7.	Zwischenfazit zur streitwertabhängigen Prozesskostenausgestaltung	32
IV.		Weitere Funktionen.....	32
D.		Einheitliche Streitwertfestlegung?	34
E.		Streitwert und Prozesskostenverteilung.....	36
Teil 2:		Historische und systemvergleichende Betrachtung	39
§ 3		Historische Bedeutung des Streitwerts.....	39
A.		Der Streitwert im römischen Recht	40
B.		Der Streitwert im Heiligen Römischen Reich	45
	I.	Partikularrechtliche Regelungen und gemeines Recht.....	45
	II.	Die Reichskammergerichtsordnung	47

C.	Der Streitwert im Deutschen Kaiserreich.....	51
D.	Der Streitwert in der alten Eidgenossenschaft.....	52
E.	Der Streitwert im Schweizer Bundesstaat.....	54
I.	Helvetik.....	54
II.	Kodifikationen in den Kantonen	55
III.	Kodifikationen auf bundesstaatlicher Ebene.....	56
1.	Entstehung des Bundesgerichts	56
2.	Organisationsgesetz von 1849	57
3.	Gebührenstreitwert im Gesetz über die Kosten der Bundesrechtspflege, Gerichts- und Anwaltsgebühren von 1856.....	59
F.	Zwischenfazit zur historischen Betrachtung.....	59
§ 4	Der Streitwert in der Schiedsgerichtsbarkeit	63
A.	<i>Ad-hoc</i> Schiedsgerichtsbarkeit	63
B.	Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit	64
C.	Kostenverteilung	67
D.	Zwischenfazit zum Streitwert in der Schiedsgerichtsbarkeit	68
§ 5	Anpassungsmöglichkeiten der Streitwertvorschriften.....	69
A.	Einheitliche Regelung.....	69
B.	Angleichung der Terminologie.....	72
C.	Dynamischer Verweis	73
D.	Gravamensystem.....	73
E.	Vereinfachung der Streitwertregeln	77
F.	Trennung der Streitwertarten.....	79

G.	Zwischenfazit zu den Anpassungsmöglichkeiten der Streitwertvorschriften.....	80
§ 6	Systemvergleichende Betrachtung.....	82
A.	Der Streitwert als Mittel zur Steuerung des Zugangs zum Gericht.....	82
B.	Das streitwertbasierende System.....	83
C.	Alternative Möglichkeiten.....	87
I.	Berechnung nach Aufwand.....	87
II.	Alleinige richterliche Ermessenskompetenz.....	90
III.	Weitgehende Gebührenfreiheit.....	91
D.	Rechtsvergleichende Betrachtung.....	92
I.	Das amerikanische Modell	92
II.	Das englische Modell	97
III.	Das französische und schwedische Modell	98
E.	Zwischenfazit zur systemvergleichenden Betrachtung.....	99
§ 7	Schlussfolgerungen.....	104
A.	Beachtung des Angreiferinteresseprinzips.....	104
B.	Vorhersehbarkeit der Prozesskosten.....	105
C.	Starke Gewichtung des Äquivalenzprinzips.....	106
Teil 3:	Grundsätze der Streitwertbestimmung	109
§ 8	Klägerisches Rechtsbegehren als Ausgangspunkt.....	109
A.	Art. 91 Abs. 1 ZPO	109
B.	Das Streitobjekt	111
C.	Massgebende Interessen	114

I.	Subjektiver oder objektiver Wert?	114
II.	«Interessenstreitwert»?	117
III.	Unterschiedliche objektive Interessen	119
D.	Art. 91 Abs. 2 ZPO	122
I.	Fallgruppen der gesetzlichen Regelung	122
II.	Überprüfungsbefugnis des Gerichts	124
III.	Objektive Anhaltspunkte im Sachverhalt	125
1.	Objektive Anhaltspunkte im Sachverhalt fehlen	125
2.	Objektive Anhaltspunkte im Sachverhalt sind vorhanden	128
3.	Anordnung eines Gutachtens?	131
IV.	Schweigen der Gegenpartei als Zustimmung?	132
V.	Verzicht auf eine Streitwertangabe?	133
VI.	Streitwertangabe im Urteil der Vorinstanz	136
E.	Zwischenfazit	137
§ 9	Der Streitwert in den verschiedenen Phasen des Zivilprozesses	140
A.	Vor erster Instanz	140
I.	Bestimmungszeitpunkt des Streitwerts	140
II.	Kostenvorschuss und vorzeitige Prozesserledigung	144
III.	Änderung des Streitobjekts selbst	146
IV.	Wertänderung des Streitobjekts	149
V.	Zwischen-, Vor- und Teilentscheid	150
B.	Vor Rechtsmittelinstanz	152

I.	Rechtsmittelstreitwert	152
II.	Gebühren- und Verfahrensstreitwert im Rechtsmittelverfahren	156
III.	Anschlussberufung	158
C.	Verfahren der Streitwertbestimmung	160
I.	Vorgehen in zwei Phasen	160
II.	1. Phase: Vorläufige Festsetzung des Streitwerts	161
III.	2. Phase: Definitive Festsetzung des Streitwerts	164
Teil 4:	Besondere Vorschriften zur Streitwertbestimmung	167
§ 10	Streitwert einzelner Klagearten	168
A.	Leistungsklage	168
I.	Auf bestimmte Geldsumme lautend	168
II.	Nicht auf bestimmte Geldsumme lautend	169
1.	Informations- und Auskunftsbegehren	169
a)	Problematik	169
b)	Reines Informationsbegehren	172
c)	Präparatorisches Informationsbegehren	173
d)	Verhältnis zum Hauptanspruch	174
e)	Höhe der Bruchteilsquote	176
2.	Leistung Zug-um-Zug	179
3.	Arbeitsrechtliche Klagen im Besonderen	180
III.	Wiederkehrende Leistungen	183
1.	Grundsatz der Kapitalisierung	183

2.	Mietrechtliche Klagen im Besonderen.....	185
3.	Übermässiger Gebührenstreitwert infolge Kapitalisierung.....	188
IV.	Klage auf Unterlassung oder Duldung.....	189
B.	Feststellungsklage	191
C.	Gestaltungsklage.....	192
I.	Grundsatz.....	192
II.	Gesellschaftsrechtliche Klagen	193
1.	Massgebendes wirtschaftliches Interesse.....	193
2.	Problem der Bezifferung	197
3.	Liquidation einer Gesellschaft.....	199
4.	Organisationsmängelverfahren	200
III.	Erbrechtliche Klagen.....	202
IV.	Sachenrechtliche Klagen	206
D.	Immaterialgüterrechtliche Streitigkeiten im Besonderen.....	209
I.	Grundsatz.....	209
II.	Absolute Schutzrechte.....	212
1.	Quantifizierung von Nichtigkeitsklagen.....	212
2.	Quantifizierung von negatorischen Ansprüchen.....	214
III.	Lauterkeitsrecht.....	217
IV.	Exkurs: Firmenrecht	219
§ 11	Streitwert einzelner Klageformen	221
A.	Teilklage.....	221

B.	Nebenforderungen	223
I.	Akzessorische Nebenforderung.....	223
II.	Vorprozessuale Anwaltskosten als akzessorisches Nebenbegehren?.....	228
C.	Mehrheit von Ansprüchen	230
I.	Objektive und subjektive Klagenhäufung.....	230
II.	Einfache Streitgenossenschaft.....	232
	1. Addition als Grundsatz.....	232
	2. Verfahrensstreitwert	234
III.	Objektive Klagenhäufung.....	235
	1. Addition als Grundsatz.....	235
	2. Verfahrensstreitwert	237
	3. Zuständigkeitsstreitwert; handelsgerichtliche Zuständigkeit im Besonderen	238
IV.	Gegenseitiger Ausschluss der Ansprüche.....	239
	1. Keine Zusammenrechnung der Streitwerte	239
	2. Eventualbegehren	240
D.	Unbezüfferte Forderungsklage.....	242
I.	Rechtsnatur und Terminologie	242
II.	1. Stufe: Vorläufige Mindeststreitwertangabe	246
III.	2. Stufe: Bezifferung des Anspruchs.....	249
E.	Stufenklage	251
I.	Rechtsnatur und Vorgehensweise	251
II.	1. Stufe: Der Informationsanspruch.....	254

1.	Präparatorischer Hilfsanspruch	254
2.	Streitwert der ersten Stufe	256
III.	2. Stufe: Die unbezifferte Forderung	258
1.	Quantifizierung der Forderung.....	258
2.	Nachträgliche Anpassung des Streitwerts	259
a)	Abweichung des Hauptanspruchs von der provisorischen Schätzung.....	259
b)	Ausnahme der Streitwertanpassung.....	262
3.	Verteilung der Prozesskosten	263
F.	Widerklage.....	264
I.	Keine Addition der Streitwerte als Grundsatz	264
II.	Addition der Streitwerte als Ausnahme	267
III.	Verteilung der Prozesskosten	271
IV.	Negative Feststellungswiderklage	272
V.	Zuständigkeits- und Verfahrensstreitwert; handelsgerichtliche Zuständigkeit im Besonderen.....	275
VI.	Verrechnung.....	276
§ 12	Streitwert im Massnahmeverfahren	278
A.	Der Streitwert vorsorglicher Massnahmen.....	278
B.	Streitwert der vorsorglichen Beweisführung	281
§ 13	Rechtsschutz gegen eine falsche Streitwertbestimmung.....	284
A.	Anfechtung der Kostenvorschussverfügung.....	284
B.	Anfechtung des Endentscheids	286
C.	Rechtsmittelstreitwert des Kostenentscheids	288

Teil 5:	Zusammenfassung der Erkenntnisse	291
A.	Begriff und Funktion des Streitwerts	291
I.	Begriff des Streitwerts	291
II.	Funktionen des Streitwerts	291
B.	Historische und systemvergleichende Betrachtung	292
I.	Historische Betrachtung des Streitwerts	292
II.	Anpassungsmöglichkeiten der Streitwertvorschriften	293
III.	Systemvergleichende Betrachtung	294
IV.	Zwischenfazit zur historischen und systemvergleichenden Betrachtung	294
V.	Schlussfolgerungen	295
C.	Grundsätze der Streitwertbestimmung	297
I.	Fallgruppen von Art. 91 ZPO	297
II.	Verfahren der Streitwertbestimmung	298
D.	Besondere Vorschriften zur Streitwertbestimmung	299
I.	Streitwert einzelner Klagearten	299
II.	Streitwert einzelner Klageformen	301
III.	Streitwert im Massnahmeverfahren	302
IV.	Rechtsschutz gegen falsche Streitwertbestimmung	302
	Stichwortverzeichnis	303

Abkürzungsverzeichnis

Aufl.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. September 1848
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
a.M.	anderer Meinung
aOG 1943	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
aOG 1874	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874
aOG 1849	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 5. Juni 1849
Art.	Artikel
AS	Sammlung der eidgenössischen Gesetze (1948 ff.; von 1848–1947: Eidgenössische Gesetzessammlung)
AwR	Anwaltsrevue
aZPO AG	Zivilrechtspflegegesetz (ZPO) vom 18. Dezember 1984 (Kanton Aargau)
aZPO BE	Gesetz über die Zivilprozessordnung (ZPO) vom 7. Juli 1918 (Kanton Bern)

aZPO BS	Zivilprozessordnung vom 8. Februar 1875 (Kanton Basel-Stadt)
aZPO FR	Zivilprozessordnung vom 28. April 1953 (Kanton Freiburg)
aZPO GE	Loi de procédure civile du 10 avril 1987 (Kanton Genf)
aZPO GL	Zivilprozessordnung des Kantons Glarus vom 6. Mai 2001 (Kanton Glarus)
aZPO GR	Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden (ZPO) vom 1. Dezember 1985 (Kanton Graubünden)
aZPO JU	Code de procédure civile de la République et Canton du Jura du 9 novembre 1978 (Kanton Jura)
aZPO LU	Gesetz über die Zivilprozessordnung vom 27. Juni 1994 (Kanton Luzern)
aZPO NE	Code de procédure civile (CPCN) du 30 septembre 1991 (Kanton Neuenburg)
aZPO SG	Zivilprozessgesetz vom 20. Dezember 1990 (Kanton St. Gallen)
aZPO TG	Gesetz über die Zivilrechtspflege (Zivilprozessordnung) vom 6. Juli 1988 (Kanton Thurgau)
aZPO TI	Codice di procedura civile del 17 febbraio 1971 (Kanton Tessin)
aZPO UR	Zivilprozessordnung vom 23. März 1994 (Kanton Uri)
aZPO VD	Code de procédure civile (CPC) du 14 décembre 1966 (Kanton Waadt)
aZPO VS	Code de procédure civile du 24 mars 1998 (Kanton Wallis)
aZPO ZH	Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 13. Juni 1976 (Kanton Zürich)
BBl	Bundesblatt
Bd./Bde.	Band/Bände

Bem.	Bemerkungen
betr.	betreffend
BezGer	Bezirksgericht
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGer	Bundesgericht/(unpublizierter) Bundesgerichtsentscheid
BGG	BG über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsge- setz; SR 173.110)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. Dezember 1998 (SR 101)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CAN	Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung
CPC	Code de procédure civile (Frankreich)
CPC fr.	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (SR 272)
CPC it.	Codice di diritto processuale civile svizzero del 19 dicembre 2008 (SR 272)
ders./dies.	derselbe/dieselbe(n)

DesG	BG vom 5. Oktober 2001 über den Schutz von Design (Designgesetz; SR 232.12)
d.h.	das heisst
DZPO	Deutsche Zivilprozessordnung (vom 30. Januar 1877)
E./Erw.	Erwägung
EG ZPO AG	Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung des Kantons Aargau vom 23. März 2010
EG ZPO SG	Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen vom 15. Juni 2010
EG ZSJ BE	Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung des Kantons Bern vom 11. Juni 2009
et al.	et alii = und weitere
etc.	et cetera
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
Fn.	Fussnote
Fr.	(Schweizer) Franken
FRAP	Federal Rules of Appellate Procedure (USA)
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure (USA)
FS	Festschrift
GebT BGer	Tarif für die Gerichtsgebühren im Verfahren vor dem Bundesgericht vom 31. März 2006 (SR 173.11.210.1)
GGG	Österreichisches Bundesgesetz über die Gerichts- und Justizverwaltungsgebühren (Gerichtsgebührengesetz; vom 27. November 1984)

GKG	Deutsches Gerichtskostengesetz (vom 5. Mai 2004)
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GOG AG	Gesetz über die Organisation der ordentlichen richterlichen Behörden des Kantons Aargau (Gerichtsorganisationsgesetz) vom 11. Dezember 1984
GOG ZH	Gesetz des Kantons Zürich über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010
GSOG BE	Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern vom 11. Juni 2009
GRUR	Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
GV	Generalversammlung
Hbd.	Halbband
HGer	Handelsgericht
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber, Herausgeberin
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.f.	in fine (am Ende)
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn

Kap.	Kapitel
KassGer	Kassationsgericht
Komm.	Kommentar
krit.	kritisch
KUKO	Kurzkommentar
lit.	Litera = Buchstabe
LTF fr.	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (SR 173.110)
LTF it.	Legge sul Tribunale federale del giugno 2005 (SR 173.110)
m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mio.	Million/en
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit Hinweisen
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MSchG	BG über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 28. August 1992 (Markenschutzgesetz; SR 232.11)
mp	Mietrechtspraxis; Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht
N	Note
n. Chr.	nach Christus
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
Nr.	Nummer
o.ä.	oder ähnliche(s)
OGer	Obergericht

OR	BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
PatG	BG über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (Patentgesetz; SR 232.14)
PatGG	BG über das Bundespatentgericht vom 20. März 2009 (Patentgerichtsgesetz; SR 173.41)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
publ.	publiziert
recht	recht. Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RpflG	Deutsches Rechtspflegergesetz (vom 5. November 1969)
s.	siehe
S.	Seite
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SHK	Stämpflis Handkommentar
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
SIWR	Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt(e)/r
s.o.	siehe oben
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
successio	Zeitschrift für Erbrecht

SWR	Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter
SZZP	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht
Teilbd.	Teilband
tit.	«tittel» = Titel in der Reichskammergerichtsordnung
URG	BG über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (Urheberrechtsgesetz; SR 231.1)
USC	United States Code (USA)
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UWG	BG gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (UWG; SR 241)
v.a.	vor allem
v. Chr.	vor Christus
VE	Vorentwurf
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VRG ZH	Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich vom 1. Mai 1960 (VRG)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZK	Zürcher Kommentar
Ziff.	Ziffer

zit.	zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZPR	Zivilprozessrecht
ZR	Blätter für die Zürcherische Rechtsprechung
ZRG	Zeitschrift für Rechtsgeschichte
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Materialienverzeichnis

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO).

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2005, 1085 ff. (zit. Botschaft StPO).

Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) – Zusammenstellung der Vernehmlassungsergebnisse, Bern 2004 (zit. Vernehmlassungsergebnisse ZPO).

Bericht zum Vorentwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung der Expertenkommission vom Juni 2003 (zit. Bericht VE ZPO).

Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001, 4202 ff. (zit. Botschaft BGG).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines neuen Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 9. Februar 1943, BBl 1943 I, 97 ff. (zit. Botschaft aOG 1943).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf zu einem neuen Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 5. April 1892, BBl 1892 II, 273 ff. (zit. Botschaft aOG 1893).

Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege vom 23. Mai 1874, BBl 1874 I, 1059 ff. (zit. Botschaft aOG 1874).

Literaturverzeichnis

Die angeführten Autorinnen / Autoren werden, wenn bei den einzelnen Publikationen nicht anders angegeben, mit ihrem Nachnamen und der betreffenden Seitenzahl oder Randziffer zitiert.

ADAMS MICHAEL, Kostenersatzrecht – ein Prozessordnungsvergleich aus ökonomischer Sicht, in: Lewisch/Rechberger, 100 Jahre ZPO, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, Wien 1998, 225 ff.

ADELMANN-PÉNTEK CAROLA, Das Prozesskostenrecht der ZPO im Vergleich mit den entsprechenden Regelungen in Österreich, in der Schweiz, in Frankreich, Italien, Spanien, England, Schweden und in der ehemaligen DDR, Konstanz 2001.

AFFOLTER MARKUS, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, Bern/Stuttgart/Wien 1994.

ASSMANN DOROTHEA, Das Verfahren der Stufenklage, Köln 1990.

BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010 (zit. SHK ZPO-AUTOR).

BASEDOW JÜRGEN/HOPT KLAUS J./ZIMMERMANN REINHARD (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Tübingen 2009 (zit. HWB-AUTOR, Band).

BAUMANN ANDREAS, Über die Bemessung des Streitwertes, insbesondere bei Teilungsklagen, successio 2009, 281 ff.

BAUMANN WEY SABINE, Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, Zürich 2013.

BAUMGARTNER PAUL, Die Kosten des Schiedsgerichtsprozesses, Zürich 1981.

BERGER BERNHARD, Verfahren vor dem Handelsgericht: ausgewählte Fragen, praktische Hinweise, ZBJV 2012, 465 ff.

BERGER BERNHARD/GÜNGERICH ANDREAS, Zivilprozessrecht – unter Berücksichtigung des Entwurfs für eine schweizerische Zivilprozessordnung, der bernischen Zivilprozessordnung und des Bundesgerichtsgesetzes, Bern 2008.

BERGER BERNHARD/KELLERHALS FRANZ, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 2006.

BERTI, STEPHEN V., Neue Gedanken zum Streit- oder Prozessgegenstand, SZP 2008, 193 ff.

BETHMANN-HOLLWEG AUGUST, Gerichtsverfassung und Prozess des sinkenden römischen Reichs, ein Beitrag zur Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian, Bonn 1834 (zit. Prozess).

BETHMANN-HOLLWEG AUGUST, Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung, 6 Bände, Bonn 1864–1874 (zit. Band).

BIRCHMEIER WILHELM, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950.

BÖHM ULRIKE, Amerikanisches Zivilprozessrecht, Köln 2005.

BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS, Code de procédure civile commenté, Basel 2011 (zit. BSK CPC-AUTOR).

BOLT JAN, Der Zugang zum Recht in den Vereinigten Staaten von Amerika, Frankfurt a.M. 2012.

BREYER MICHAEL, Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses, Tübingen 2006.

BRÜCKNER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS, Die erbrechtlichen Klagen, 3. Aufl., Zürich 2012.

BRUNDAGE JAMES, Taxation of Costs in Medieval Canonical Courts, in: Borchardt/Bünz (Hrsg.), Forschungen zur Reichs-, Papst- und Landesgeschichte, Peter Herde zum 65. Geburtstag, Teil 1, Stuttgart 1998, 565 ff.

BRUNNER ALEXANDER, Was ist Handelsrecht?, AJP 2010, 1529 ff.

BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2011 (zit. Brunner/Gasser/Schwander-AUTOR).

BÜHLER ALFRED/EDELMANN ANDREAS/KILLER ALBERT (Hrsg.), Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Aarau/Frankfurt a.M./Salzburg 1988 (zit. Bühler/Edelmann/Killer-AUTOR).

BUNGE JÜRGEN, Zivilprozess und Zwangsvollstreckung in Frankreich und Italien, Berlin 2008.

BÜRGI HERMANN/SCHLAEPFER KASPAR/HOTZ MATTHIAS/PAROLARI CARLO, Handbuch zur Thurgauer Zivilprozessordnung, Zürich 2000.

CORDES ALBRECHT/LÜCK HEINER/WERKMÜLLER DIETER/SCHMIDT-WIEGAND RUTH (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), 2. Aufl., Berlin 2008 (zit. HRG-AUTOR, Band).

DASSER FELIX/OBERHAMMER PAUL (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen (LugÜ), 2. Aufl., Bern 2011 (zit. Dasser/Oberhammer-AUTOR).

DIESTELKAMP BERNHARD, Prozesskosten in Verfahren am Reichskammergericht, in: Kohl/Neschwara/Simon (Hrsg.), FS Brauner, Wien 2008, 81–88.

DONZALLAZ YVES, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, Bern 2008.

DÖRNDORFER JOSEF, Der Streitwert für Anfänger, München 1988.

DUBLER ANNE-MARIE, Gerichtswesen, in: Historisches Lexikon der Schweiz, Online-Version vom 12.4.2012, URL: www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D9634.php.

EICHENBERGER KURT, Zivilrechtspflege des Kantons Aargau, Aarau 1987.

EMMEL FRANK, Echte Teilklage vor Arbeitsgericht und negative Feststellungsklage, BJM 2012, 61 ff.

FLÜCKIGER ANDREAS, Das Honorar des Willensvollstreckers – Anwendung von Anwalts- und Notariatstarifen, in: Künzle (Hrsg.), Willensvollstreckung – Aktuelle Rechtsprobleme, Zürich 2006, 220 ff.

FISCHER GUIDO ENRIQUE, Die Kostenverteilung im aargauischen Zivilprozessrecht, Basel 1984.

FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, inkl. Ergänzungsband, Zürich 2000.

GASSER DOMINIK/MÜLLER RAHEL/PIETSCH-KOJAN TAMARA, Ein Jahr Schweizerische ZPO – ein Erfahrungsbericht, AwR 2012, 8 ff.

GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014.

GAUCH PETER, Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, ein klassisches Thema aus dem Deliktsrecht, recht 1994, 189 ff.

GEHRI MYRIAM A./KRAMER MICHAEL (Hrsg.), ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010 (zit.: Gehri/Kramer-AUTOR).

GEISER THOMAS, Zivilprozessrecht – Die Mängel einer grossen Kodifikation, plädoyer 2004/02.

GEISER THOMAS/MÜNCH PETER/UHLMANN FELIX/GELZER PHILIPP (Hrsg.), Prozessieren vor Bundesgericht, 4. Aufl., Basel 2014 (zit. Geiser/Münch/Uhlmann/Gelzer-AUTOR).

GENNA GIAN SANDRO, Bundesgerichtliche Widersprüchlichkeiten zum Informationsanspruch im Erbrecht?, successio 2011, 203 ff. (zit. Informationsanspruch).

GENNA GIAN SANDRO, Auflösung und Liquidation der Ehegattengesellschaft, unter Berücksichtigung des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz sowie der künftigen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2008 (zit. Liquidation).

GOEPFERT PETER, Die zivilprozessuale Streitwertberechnung nach baselstädtischem und Bundeszivilrecht, Basel 1954 (zit. Streitwertberechnung).

GOEPFERT PETER, Die Teilklage nach baselstädtischem Zivilprozessrecht, BJM 1958, 133 ff. (zit. Teilklage).

GOLA PASCALE/GÖTZ STAEHELIN CLAUDIA/GRAF KARIN, Institutional Arbitration, Tasks and Powers of Different Arbitration Institutions, Zürich/Basel/Genf 2009.

GREMPER PHILIPP/MARTIN JAKOB, Zulässigkeit und Schranken der negativen Feststellungswiderklage im vereinfachten Verfahren nach der Schweizerischen ZPO, AJP 2011, 90.

GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979 (zit. ZPR).

GULDENER MAX, Über die Herkunft des schweizerischen Zivilprozessrechtes, Berlin 1966 (zit. Herkunft).

- GUT NICOLAS, Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2014.
- HAAS ULRICH/SCHLUMPF MICHAEL, Teilklage und Feststellungswiderklage nach der neuen ZPO, SJZ 2011, 302.
- HABSCHEID WALTHER J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel und Frankfurt a.M. 1990.
- HARTMANN PETER, Kostengesetze, Kurzkommentar, 38. Aufl., München 2008.
- HAUS OTTO, Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozess, Zürich 1981.
- HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012 (zit. BK ZPO-AUTOR).
- HEINZMANN MICHEL, Verfahrensüberschreitende Klagenhäufung?, SZP 2012, 269 ff.
- HERZOG PETER, Die Editionsspflicht nach neuer zürcherischer Zivilprozessordnung: unter Berücksichtigung der Editionspflichten aufgrund des Bundesprivatrechtes, Zürich 1980.
- HESS FRITZ, Grundsätze der Streitwertberechnung nach zürcherischem und Bundeszivilprozessrecht, Zürich 1939.
- HILLACH ALEXANDER/ROHS GÜNTHER, Handbuch des Streitwertes in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 9. Aufl., Köln 1995.
- HILTY RETO/ARPAGAU RETO (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (zit. BSK UWG-AUTOR).
- HOCH PATRICK, Auflösung und Liquidation der einfachen Gesellschaft, Zürich 2001.
- HODGES CHRISTOPHER/VOGENAUER STEFAN/TULIBACKA MAGDALENA, Costs and Funding of Civil Litigation: a Comparative Study, Legal Research Paper Series No. 55/2009, Oxford 2009.
- HOFFMANN-NOWOTNY URS, Doppelrelevante Tatsachen im Zivilprozess und Schiedsverfahren, Zürich/St. Gallen 2010.

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON/BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK IPRG-AUTOR).

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB-AUTOR).

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, 5. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK ZGB-AUTOR).

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011 (zit. BSK OR-AUTOR).

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 4. Aufl., Basel 2012 (zit. BSK OR-AUTOR).

HORVATH GÜNTHER/KONRAD CHRISTIAN/POWER JENNY, Costs in International Arbitration, A Central Eastern and Southern Eastern European Perspective, Wien 2008.

HUGI JOHANNES, Der Streitwert im Immaterialgüterrecht, sic! 2000, 250 ff.

JÄGER MARKUS, Reimbursement for Attorney's Fees, Den Hague 2010.

JAGGI EMANUEL, Das neue Bundesgerichtsgesetz, Zivilrechtliche und strafrechtliche Aspekte, recht 2007, 49 ff.

JÄGGI PETER, Zum Ersatz der vorprozessualen Vertretungskosten im Schadenfall, Schweizerische Versicherungszeitschrift, 1995, 267 ff.

KASER MAX, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., neu bearbeitet von Hackl Karl, München 1996.

KRÜGER WOLFGANG/RAUSCHER THOMAS (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl., München 2013 (zit. MüKom-AUTOR).

KUNZ PETER, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zürich 1997 (zit. Aktienrecht).

KUNZ PETER, Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, Bern 1993 (zit. Verantwortlichkeitsklage).

LEUCH GEORG/MARBACH OMAR/KELLERHALS FRANZ/STERCHI MARTIN, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern. Kommentar samt einem Anhang zugehöriger Erlasse,

5. Aufl., vollständig überarbeitet von Franz Kellerhals und Martin Sterchi unter Mitarbeit von Andreas Güngerich, Bern 2000.

LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010 (zit. ZPR).

LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Bern 1999 (zit. ZPO).

LEUMANN LIEBSTER PASCAL, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, Basel 2005.

LOOSLI PETER, Die unbezifferte Forderungsklage, Zürich 1978.

MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010 (zit. ZPR).

MEIER ISAAK, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Überblick mit Kritik und Änderungsvorschlägen, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. Vorentwurf).

MESSMER GEORG/IMBODEN HERMANN, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen: Berufung, zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde und staatsrechtliche Beschwerde, Zürich 1992.

MEYER DIETER, Gerichtskostengesetz, 6. Aufl., Berlin 2004.

MEYER LEONZ, Der Streitwert in Prozessen um Immaterialgüterrechte und Firmen, sic! 2001, 559 ff.

MÜLLER HARALD, Überlegungen zu Streitwert und Kosten in Prozessen vor dem päpstlichen Gericht, in: Proceedings of the Eleventh International Congress of Medieval Canon Law, Vatikanstadt 2006, 605–623 (zit. Kosten).

MÜLLER HARALD, Päpste und Prozesskosten im späten Mittelalter, in: Stagnation oder Fortbildung? Aspekte des Kirchenrechts im 14. und 15. Jahrhundert, Tübingen 2005, 249–270 (zit. Prozesskosten).

MÜLLER HARALD, Streitwert und Kosten in Prozessen vor dem päpstlichen Gericht – eine Skizze, ZRG KA 118 (2001), 138–164 (zit. Streitwert).

NEUFANG SEBASTIAN, Kostenverteilung im US-amerikanischen Zivilprozess und Urteilsanerkennung in Deutschland, Münster 2002.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011 (zit. BSK BGG-AUTOR).

NOTH MICHAEL/BÜHLER GREGOR/THOUVENIN FLORENT (Hrsg.), Markenschutzgesetz, Stämpfli Handkommentar, Bern 2009 (zit. SHK MSchG-AUTOR).

OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. KUKO ZPO-AUTOR).

OBERHAMMER PAUL, Apropos «Zugang zum Recht»: Bewertung des Klagebegehrens, Prozesskosten und Rechtsschutzversicherung, in: Lewisch/Rechberger (Hrsg.), 100 Jahre ZPO, Ökonomische Analyse des Zivilprozesses, Wien 1998, 163 ff.

PANTLE NORBERT/KREISSL STEPHAN, Die Praxis des Zivilprozesses, 4. Aufl., Stuttgart 2007.

PFEIFFER BURKHARD WILHELM, Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. Mit Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts zu Cassel, Hannover 1836.

POUDRET JEAN-FRANÇOIS, Les conclusions entrant en compte dans le calcul de la valeur litigieuse: critique d'une jurisprudence centenaire et d'un arrêt récent, SZZP 2009, 99 ff.

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/SANDOZ-MONOD SUZETTE, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Volume I, Articles 1–40, et Volume II, Article 41–47, Bern 1990.

RAPOLD MANUELA/FERRARI-VISCA RETO, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, AJP 2013, 387 ff.

REICHEL ALEXANDER, Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, Bern 1896.

RICKLI SAMUEL, Der Streitwert im schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich/St. Gallen 2014.

RIEMER HANS MICHAEL, Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Bern 1998.

ROHS GERHARD, Der Streitwert in nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten, insbesondere in Ehesachen, Münster 1975.

ROSENBERG LEO/SCHWAB KARL HEINZ/GOTTWALD PETER, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010.

ROTH HERBERT, Billigkeitsargumente im Streitwertrecht, in: Bork/Hoeren/Pohlmann (Hrsg.), Recht und Risiko, FS Kollhosser, Band II Zivilrecht, Karlsruhe 2004, 559 ff.

SCHACK HEIMO, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 4. Aufl., München 2011.

SCHÄFER ERIK/VERBIST HERMAN/IMHOSS CHRISTOPHE, ICC Arbitration in Practice, Bern 2005.

SCHAI DAMIAN, Der Streitwert vor dem Handelsgericht des Kantons Aargau, in: Leopold/Rüetschi/Stauber/Vetter (Hrsg.), Der Weg zum Recht, FS Bühler, Zürich 2008 (zit. Streitwert).

SCHAI DAMIAN, Vorsorglicher Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Unter besonderer Berücksichtigung superprovisorischer Anordnungen des aargauischen Handelsgerichts, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit. Rechtsschutz).

SCHNEIDER EGON/HERGET KURT, Streitwert-Kommentar für den Zivilprozess, 12. Aufl., Köln 2007.

SCHNEIDER EGON, Der Streitwert und das gerichtliche Verfahren, MDR 1974, 801 ff. (zit. Verfahren).

SCHNEIDER EGON, Streitwertkorrektur durch die höhere Instanz, MDR 1972, 99 ff. (zit. Korrektur).

SCHÖNBÄCHLER MARCEL, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, Zürich/St. Gallen 2013.

SCHOTT RICHARD, Das Gewähren des Rechtsschutzes im Römischen Civilprozess, Jena 1903.

SCHRAMM CHRISTOPH, Streitwertberechnung im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1953, 104.

SCHRÖDER ANDREAS, Informationspflichten im Erbrecht, Basel 2005.

SCHUBERT WERNER, Zivilprozess und Gerichtsverfassung, Ausschüsse der Akademie für Deutsches Recht und «Ämter» des Reichsjustizministeriums von 1934–1944, Frankfurt a.M. 1997 (zit. Zivilprozess).

SCHUBERT WERNER, Entstehung und Quellen der Civilprozessordnung von 1877, Frankfurt a.M. 1987 (zit. Entstehung).

SCHUHMACHER CHRISTIAN, Zivilprozessrecht des Kantons Zürich, Zürich 2003.

SCHULLER SIEGFRIED, Die Berechnung des Streitwertes, Zürich 1974.

SCHUMANN EKKEHARD, Grundsätze des Streitwertrechts, NJW 1982, 1257 ff.

SCHURTER EMIL/FRITZSCHE HANS, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Bd. I: Das Zivilprozessrecht des Bundes, Zürich 1924 (zit. Bd. I).

SCHURTER EMIL/FRITZSCHE HANS, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Bd. II, 1. Hälfte: Die geschichtlichen Grundlagen der kantonalen Rechte, Zürich 1931 (zit. Bd. II).

SCHÜTZE ROLF A. (Hrsg.), Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Köln 2011 (zit. Schütze-AUTOR).

SCHÜTZE ROLF A., Rechtsverfolgung im Ausland, Prozessführung vor ausländischen Gerichten und Schiedsgerichten, 4. Aufl., Berlin 2009 (zit. nach Rz).

SCHWENZER INGEORG, Rechtsverfolgungskosten als Schaden?, in: Gauch/Werro/Pichonnaz (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zürich 2008, 417 ff.

SELLERT WOLFGANG, Akzessorietät von Kostentragung und Prozesserfolg: Ein historisches Problem von aktueller Bedeutung, in: Becker/Dilcher/Gudian/Kaufmann/Sellert (Hrsg.), Rechtsgeschichte als Kulturgeschichte, FS Erler, Aalen 1976, 509–537.

SEILER HANSJÖRG/VON WERDT NICOLAS/GÜNGERICH ANDREAS (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Stämpflis Handkommentar, Bern 2007 (zit. SHK BGG-AUTOR).

SENEL TOYLAN, Das handelsgerichtliche Verfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2011.

SENN MARCEL, Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss, 3. Aufl., Zürich 2003.

SIEGEL JULIAN, Die Kostenfrage der Stufenklage, Berlin 2009.

SOGO MIGUEL, Widerklage in handelsrechtlichen Streitigkeiten: Kernpunkttheorie und Erfordernis der gleichen sachlichen Zuständigkeit, ZBJV 2011, 937 ff.

SPÜHLER KARL/DOLGE ANNETTE/GEHRI MYRIAM, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Bern 2010.

SPÜHLER KARL/AEMISEGGER HEINZ/DOLGE ANNETTE/VOCK DOMINIK, Praxiskommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013.

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013 (BSK ZPO-AUTOR).

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Rechts, 2. Aufl., Zürich 2013.

STAEHELIN ADRIAN/SUTTER THOMAS, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992.

STAUBER DEMIAN, Anspruch auf Ersatz vorprozessualer Anwaltskosten – prozessuale Aspekte, Leupold/Rüetschi/Stauber/Vetter (Hrsg.), Der Weg zum Recht, FS Bühler, Zürich 2008.

STAUFFER WILHELM/SCHAETZLE THEO/SCHAETZLE MARC, Kapitalisieren, Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, 5. Aufl., Zürich 2001.

STEIN PETER, Wer zahlt die Anwaltskosten im Haftpflichtfall, ZSR 1987, 1. Hbd., 636 ff.

STEIN FRIEDRICH/JONAS MARTIN (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl., Tübingen 2013 (zit. Stein/Jonas-AUTOR).

STERCHI MARTIN, Gerichts- und Parteikosten im Zivilprozess, in: Schöbi (Hrsg.), Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, SWR/Band 3, Bern 2001, 11 ff.

STREIFF ULLIN/VON KÄNEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012.

STUDER URS W./RÜEGG VIKTOR/EIHLER HEINER, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994.

SUBILIA OLIVIER, Quelle valeur litigieuse pour un certificat de travail?, SZPP 2011, 511 ff.

SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2012.

SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung. Mitglieder der Expertenkommission erläutern den Vorentwurf, Zürich 2003.

SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. ZK ZPO-AUTOR).

TERCIER PIERRE, L'indemnisation des frais d'avocat et l'assurance de protection juridique, Journées du droit de la circulation routière, Fribourg 1994, 1 ff.

VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, SIWR I/2, 3. Aufl., Basel 2011.

VOCK DOMINIK, Prozessuale Fragen bei der Durchsetzung von Aktionärsrechten, Zürich 2000 (zit.: Aktionärsrechte).

VOCK DOMINIK, Problematische Regelungen der neuen ZPO aus Anwaltssicht, in: Dolge (Hrsg.), Die neue ZPO, Erfahrungen – Unstimmigkeiten – Schwachstellen – Lösungen, Zürich 2012 (zit.: ZPO).

VOGEL OSCAR, Die Stufenklage und die dienende Funktion des Zivilprozessrechts, recht 1992, 58 ff.

VON ARX GREGOR, Der Streitgegenstand im Schweizerischen Zivilprozess, unter Berücksichtigung seiner Auswirkungen auf ausgewählte zivilprozessuale Institute, Basel 2007.

WACH ADOLF, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, erster Band, Leipzig 1885.

WALDER-RICHLI HANS ULRICH/GROB-ANDERMACHER BÉATRICE, Zivilprozessrecht: nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, 5. Aufl., Zürich 2009.

WALDER HANS ULRICH/MEIER ISAAK, Rezeption deutschen Zivilprozessrechts in der Schweiz, untersucht anhand der ZPO des Kantons Zürich, in: Habscheid (Hrsg.), Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen, Bielefeld 1991, 93 ff.

WALTER GERHARD, Der Streitgegenstand, recht 1990, 33 ff.

WEBER STEPHAN, Ungereimtheiten und offene Fragen beim Ersatz von Anwaltskosten, Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift, Bern 1993, 2 ff.

WETZELL GEORG WILHELM, System des ordentlichen Civilprocesses, 3. Aufl., Leipzig 1878.

WURZBURGER ALAIN, De la constitutionnalité des émoluments judiciaires en matière civile, in: Haldy/Rapp/Ferrari (Hrsg.), Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, 299 ff. (zit.: émoluments judiciaires).

WURZBURGER ALAIN, Les conditions objectives du recours en réforme au Tribunal fédéral, Lausanne 1964 (zit. recours).

ZIMMER MICHAEL/SCHMIDT THOMAS, Der Streitwert im Verwaltungs- und Finanzprozess, NJW Schriftenreihe Nr. 52, München 1991.

ZÜRCHER JOHANN, Der Streitwert im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechtsprozess, sic! 2002, 493 ff. (zit. Streitwert).

ZÜRCHER JOHANN, Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürichs, Zürich 1998 (zit. Einzelrichter).

TEIL 1: EINLEITUNG UND GRUNDLAGEN

§ 1 Einleitung

«Aus ökonomischer Sicht lässt sich der Erfolg eines Rechtsstreits an dem Verhältnis von Streitwert und Aufwand ablesen.»¹ Zu dieser zwar etwas wenig differenzierten Aussage sah sich HARALD MÜLLER anlässlich einer Untersuchung zum Streitwert und den Kosten vor dem ehemaligen päpstlichen Gericht veranlasst. Dennoch kam MÜLLER in seiner Untersuchung mit gutem Grund zum Schluss, dass beim Aufkommen eines Rechtsstreits jeweils kostenrechtliche Überlegungen von zentraler Bedeutung sind und es die Chancen und Risiken eines juristischen Verfahrens abzuwägen gilt. Vom Gang zum Gericht wird denn auch nicht selten aus ökonomischen Gründen abgesehen und eine einvernehmliche Lösung gesucht. MÜLLER verwies bei seinen Überlegungen auf ein Zitat von CHRISTOPHER R. CHENEY aus dem Jahr 1967, welcher die Risiken eines Rechtsstreits wie folgt formulierte: «*The composition in court christian like the final concord in the king's court may represent not only the defendant's compromise with the plaintiff, but a compromise between justice and the delays and expenses and other imperfections of the judicial system.*»²

Kostenrechtliche Überlegungen, welche bereits für mittelalterliche Rechtskonflikte von Bedeutung waren, beanspruchen noch heute ohne Einschränkung Geltung: Der Wert des Gegenstands, um welchen in einem Prozess gestritten wird, hat auch im heutigen Zivilprozess eine grosse Bedeutung. So beginnt jeder Prozess mit der Frage, was konkret eingeklagt werden soll. In den meisten Fällen handelt es sich um einen bestimmten Geldbetrag. Dass dieser Betrag den weiteren Prozessverlauf wesentlich beeinflussen wird, sollten sich beide Prozessparteien im Klaren sein. Der Wert dieses Streitobjekts, der sog. Streitwert, hat in den meisten europäischen Prozessordnungen eine zentrale Bedeutung erlangt. Typisches Beispiel dafür ist die Bestimmung der

¹ MÜLLER, Streitwert, 142.

² Siehe bei MÜLLER, Streitwert, 163.

Prozesskosten (Gerichts- und Parteikosten), welche häufig direkt von der Höhe des Streitwerts abhängig sind. Trotzdem wird der konkreten Streitwertfestlegung (zumindest in der Schweiz) häufig nur geringes Gewicht beigemessen und ausführliche Erwägungen zum Streitwert fehlen in Gerichtsurteilen auch bei streitwertrechtlich komplexen Angelegenheiten häufig. Es scheint fast so, als würde der bekannte Satz *iudex non calculat* beim Wort genommen.³

- ³ Aber wieso ist es gerechtfertigt, gerade die Höhe des eingeklagten Betrags als für die Prozesskosten massgebendes Kriterium zu wählen bzw. anhand von diesem eine Gewichtung des Prozesses vorzunehmen? Ist der Prozess eines reichen Mannes über den für ihn läppischen Betrag von Fr. 100'000.-- wichtiger und schwieriger als der Streit des Arbeiters über den halben Monatslohn von Fr. 2'000.--? Um diese Frage beantworten zu können, oder zumindest Gründe für die Wahl dieses Anknüpfungskriteriums aufzuzeigen, beschäftigt sich die vorliegende Arbeit nach einem einleitenden Teil über die Grundlagen (auszugsweise) mit der Bedeutung des Streitwerts in der Rechtsgeschichte. Jener Abschnitt soll weiter alternative Systeme aufzeigen und schliesslich eine Würdigung des streitwertabhängigen Systems vornehmen.
- ⁴ Anhand der gewonnenen Erkenntnisse sollen in einem dritten Teil der Arbeit zunächst allgemeine Grundsätze der Streitwertbestimmung aufgezeigt werden, bevor sich der vierte Abschnitt mit besonderen Vorschriften befasst. Denn lautet das klägerische Rechtsbegehren auf einen bestimmten Geldbetrag, lässt sich die Frage nach dem Streitwert leicht beantworten. Doch wie sieht es bzgl. spezielleren Klagearten und -formen⁴ aus? In welchem Zeitpunkt und anhand welcher Kriterien berechnet sich bspw. der Streitwert einer Stufenklage? Häufig lassen Gerichtsentscheidungen die konkrete Höhe des Streitwerts gerade in strittigen Fällen offen bzw. begnügen sich mit dem lapidaren Hinweis, eine Streitwertgrenze sei erreicht oder überschritten. Diese praxisorientierte Handhabung wirft regelmässig keine weiteren Fragen auf,

³ Ähnlich etwa auch ZIMMER/SCHMIDT, Rz 1, indem sie auf den Satz «Der Streitwert ist den Streit nicht wert» hinweisen.

⁴ Zur terminologischen Unterscheidung zwischen Klagearten und Klageformen vgl. hinten Rz 219.

sofern sich die Gebühren in einem für alle Beteiligten angemessenen Rahmen bewegen; allerdings bringt dieses Offenlassen interessanter Fragen auch etwas Unbefriedigendes mit sich. Denn trotz enormer praktischer Bedeutung findet sich – zumindest in der Schweiz – abgesehen von den Kommentaren zu den jeweiligen Bestimmungen in der Zivilprozessordnung nur wenig Literatur zur Festlegung des Streitwerts. Ältere Dissertationen zum Thema Streitwert stammen von FRITZ HESS sowie SIEGFRIED SCHULLER und datieren vom Jahr 1939 bzw. 1974, beschäftigen sich aber hauptsächlich mit den zürcherischen Regelungen zum Streitwert. Ausserdem ist die Dissertation von PETER GOEPFERT aus dem Jahr 1954 zu erwähnen, welche sich insb. mit dem Streitwert im baselstädtischen Zivilprozess beschäftigt. Nach Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung beschäftigte sich vor allem SAMUEL RICKLI mit den neu einheitlich geregelten Streitwertvorschriften. Seine Dissertation wurde kurz vor Beendigung der vorliegenden Arbeit publiziert.

Die Frage der korrekten Berechnung des Streitwerts beschäftigt nicht nur das Gericht.⁵ Mit der Bestimmung in Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO wird die Angabe des Streitwerts ausdrücklich der klagenden Partei auferlegt, weshalb sich auch diese mit dem Streitwert auseinandersetzen muss. Deshalb sollen mit der vorliegenden Arbeit zunächst die theoretischen Grundlagen und Grundsätze aufgezeigt werden, um später ein im Einzelfall überzeugendes Resultat hervorbringen zu können; sei dies auf Seiten des Klägers⁵ mit seiner Streitwertangabe in der Klage, seitens des Beklagten, welcher je nach Einschätzung seines Prozessrisikos die Streitwertangabe des Klägers bestreiten kann, oder schliesslich auf Seiten des Gerichts, welches die Prozessvoraussetzungen, die u.a. auch von der Höhe des Streitwerts abhängen, von Amtes wegen überprüfen muss.

⁵ Für die bessere Lesbarkeit wird auf die Nennung beider Geschlechter verzichtet und nur die männliche Form benutzt; es sind jedoch stets beide Geschlechter gemeint.

§ 2 Grundlagen

A. Begriffliches

I. Streitwert als wirtschaftliche Bewertung des Streitobjekts

⁶ Neben dem Zivilprozessrecht kommt der Begriff des Streitwerts in verschiedenen weiteren Verfahrensordnungen vor. Wir finden den Begriff sowohl im Strafprozessrecht⁶ wie auch im Verwaltungsverfahren⁷ wieder. Am häufigsten befassen sich jedoch die zivilprozessualen Verfahrensbestimmungen mit dem Streitwert, was sich für Verfahren vor kantonalen Gerichten in den Regelungen der ZPO und für Verfahren vor dem Bundesgericht im BGG niederschlägt.⁸ Folglich enthält v.a. das Zivilprozessrecht Regeln über die Ermittlung des Streitwerts, wobei gewisse Bestimmungen auch für das Verwaltungsverfahren gelten.⁹

⁷ Der Begriff Streitwert bedeutet grundsätzlich die Bewertung des Streitobjekts in Geld.¹⁰ Mit anderen Worten wird damit der Wert einer Klage in einem geldwerten Betrag ausgedrückt, einer Klage wird also eine monetäre Gewichtung zugemessen. Mit Hilfe des Streitwerts soll der wirtschaftliche Wert eines Verfahrens vor Gericht bezif-

⁶ Z.B. Art. 122 Abs. 1 StPO betreffend das Adhäsionsverfahren, welches unabhängig vom Streitwert von dem mit der Strafsache befassten Gericht beurteilt wird.

⁷ So bspw. § 38b Abs. 1 lit. c VRG ZH bzgl. der sachlichen Zuständigkeit des Einzelrichters in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten. Ebenso § 65a VRG ZH bzgl. der Kosten. Vor Bundesgericht beeinflusst der Streitwert auf dem Gebiet der Staatshaftung und der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse die Zulässigkeit der Beschwerde, Geiser/Münch/Uhlmann/Gelzer-MOSIMANN, Rz 4.37.

⁸ Insb. Art. 91–94 ZPO bzw. Art. 51–53 BGG.

⁹ So gehören bspw. die Art. 51 ff. BGG zu den allgemeinen Verfahrensbestimmungen des 2. Kapitels des BGG und gelten für alle Verfahren vor Bundesgericht, somit auch für die Berechnung des Streitwerts in der Verwaltungsrechtspflege.

¹⁰ Vgl. ZÜRCHER, Streitwert, 493; SCHULLER, 88; SUTTER-SOMM, Rz 610; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 15 Rz 1; BAUMANN, 281; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 1; BERGER/GÜNGERICH, Rz 677. Zur Unterscheidung zwischen dem hier jeweils verwendeten Begriff des Streitobjekts und demjenigen des Streitgegenstands vgl. Rz 146 ff.

fert werden. Der Streitwert ist somit ein wichtiger – wenn nicht sogar der wichtigste – Indikator für die Gewichtung (im Sinne der Kosten) eines Zivilprozesses.¹¹

Obwohl die ZPO nur den Streitwert als solchen kennt, ist dieser Begriff zu undifferenziert. Wie in der Folge verschiedentlich aufgezeigt wird, unterscheidet man im Zivilprozessrecht nach verschiedenen Funktionen, welche der Streitwert erfüllen soll, und knüpft die Bestimmung an verschiedene Zeitpunkte im Verfahren an. So stehen dem Instruktionsrichter bei Prozesseinleitung nur wenige Fakten zur Verfügung, anhand welcher er seine sachliche Zuständigkeit prüfen und einen Kostenvorschuss festsetzen muss. Im Zeitpunkt der Urteilsfällung haben die Parteien hingegen sämtliche (zumindest aus ihrer Sicht) prozessrelevanten Entscheidungsgrundlagen dargelegt und das erkennende Gericht verfügt nunmehr über fundierte Anhaltspunkte zur Beurteilung seiner Zuständigkeit sowie der Kostenfestlegung. 8

II. Terminologische Unterscheidung Streitwertberechnung, Streitwertbemessung und Streitwertbestimmung

Zu wenig Gewicht beigemessen wird in Literatur und Rechtsprechung der begrifflichen Unterscheidung zwischen Streitwertberechnung, Streitwertbemessung und Streitwertbestimmung. Ist nachfolgend von der *Berechnung* des Streitwerts die Rede, bezieht sich dies auf die verschiedenen Berechnungsvorschriften zum Streitwert, mithin wie bzgl. der verschiedenen Klagearten und -formen¹² vorzugehen ist. Die Streitwertberechnung befasst sich folglich insb. mit der Frage, welche besonderen Streitwertvorschriften zu einer Streiterhöhung führen können. Der Begriff der Streitwert*bemessung* betrifft hingegen die Festlegung der konkreten Höhe des Streitwerts eines nicht auf Geld lautenden Rechtsbegehrens, d.h., an welchen Kriterien sich die Bewertung des Streitobjekts orientieren soll. Letztere beschäftigt sich somit mit Bewertungsfragen, die hauptsächlich bei Ausüben des Ermessens (i.S.v. Art. 91 Abs. 2 9

¹¹ Zur Bedeutung des Streitwerts als Anknüpfungskriterium ausführlich hinten Rz 51 ff. Vgl. auch MEIER, Vorentwurf, 65, sowie RICKLI, Rz 6, der den Streitwert als ideal geeignete «abstrahierende Bewertungsskala» bezeichnet.

¹² Zur Terminologie vgl. hinten Rz 219.

ZPO) zu berücksichtigen sind. Der Begriff der Streitwert*bestimmung* umfasst schliesslich sowohl die Berechnung wie auch die Bemessung des Streitwerts. Es wird damit die allgemeine Festlegung bzw. Festsetzung des Streitwerts durch die Parteien oder durch das Gericht als Oberbegriff bezeichnet.¹³

B. Vermögensrechtliche und nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten

I. Abgrenzung

- 10 Wie schon das BGG unterscheidet auch die ZPO zwischen vermögensrechtlichen und nicht vermögensrechtlichen Streitsachen. Nur vermögensrechtliche Streitigkeiten haben einen Streitwert; bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten kann der Streitwert deshalb naturgemäss auch nicht als massgebendes Kriterium für die Zuständigkeit, Weiterzugsmöglichkeit oder Prozesskostenberechnung herangezogen werden.¹⁴ Die Relevanz der Unterscheidung zeigt sich insb. bei der Anfechtung von Entscheidungen, indem die Berufung gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.-- beträgt. Dies impliziert, dass es sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handeln muss. Nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten sind mangels Streitwerts uneingeschränkt berufungsfähig, sofern die übrigen Voraussetzungen der Berufung erfüllt sind.¹⁵ Ebenfalls ausdrücklich vermögensrechtliche Angelegenheiten erwähnt Art. 74 Abs. 1 BGG: Die Beschwerde in Zivilsachen ist bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten grundsätzlich nur ab einem Streitwert von Fr. 30'000.--, bzw.

¹³ Da mit vorliegender Arbeit sowohl auf die Berechnung des Streitwerts wie auch auf dessen Bemessung eingegangen wird, wurde im Titel folglich der allgemeine Begriff der Streitwertbestimmung gewählt.

¹⁴ Ebenso BSK BGG-RUDIN, Art. 51 N 8; JAGGI, 54; SHK BGG-GÜNGERICH, Art. 51 N 2; Geiser/Münch/Uhlmann/Gelzer-MÜNCH/LUCZAK, Rz 2.15; POUDRET/SANDOZ-MONOD, Art. 46 N 1.2; STAEHELIN/SUTTER, § 8 N 6; BSK CPC-TAPPY, Art. 91 N 4. Für die Berechnung der Gerichtskosten bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten vgl. hinten Rz 40.

¹⁵ Botschaft ZPO, 7371; ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 308 N 37.

Fr. 15'000.-- in arbeits- und mietrechtlichen Fällen, zulässig.¹⁶ Nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten unterliegen hingegen – soweit die übrigen Voraussetzungen der Beschwerde in Zivilsachen bejaht werden – stets der Beschwerdemöglichkeit ans Bundesgericht.¹⁷

Weist eine Klage sowohl vermögensrechtliche wie auch nicht vermögensrechtliche Aspekte auf, ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts entscheidend, ob das geldwerte oder das ideelle Interesse der klagenden Partei überwiegt.¹⁸ Nicht massgebend für die Unterscheidung ist dabei, ob eine genaue Bemessung des Streitwerts nicht möglich bzw. dessen Schätzung schwierig ist.¹⁹ Damit stellt das Bundesgericht eine hohe Hürde an das Vorliegen von nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten und verlangt auch in schwierigen Bewertungsfragen das Erreichen der Streitwertgrenze. Dies wohl v.a. vor dem Hintergrund, die Eintretensvoraussetzungen für die Beschwerde in Zivilsachen bewusst hoch zu halten. Einerseits ist dem Bundesgericht dahingehend zuzustimmen, dass mutmasslich in den meisten Fällen ein wirtschaftliches Interesse an einer Klage besteht und ideelle Gründe in den Hintergrund rücken. Anderer-

¹⁶ Ausnahmen von diesem Grundsatz finden sich in Art. 74 Abs. 2 BGG.

¹⁷ Statt vieler SHK BGG-GÜNGERICH, Art. 74 N 6. Anders aber etwa im deutschen Recht, wo auch den nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten ein Streitwert beigemessen wird, § 48 Abs. 2 GKG. Vgl. auch SCHNEIDER/HERGET, Rz 4171 ff.

¹⁸ BGE 108 II 77 E. 1a; 82 II 292 E. 1. Ebenso ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 9; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 15 Rz 2; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 137 N 1a; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPO, Art. 13 N 2b; RICKLI, Rz 88, insb. 91 m.w.H. Überwiegt der nicht vermögensrechtliche Teil, ist eine Berufung ans obere Gericht bzw. eine Beschwerde ans Bundesgericht stets möglich, vgl. BK ZPO-STERCHI, Art. 93 N 3 mit Verweis auf die bisherige und weitergeltende Rechtsprechung des Bundesgerichts.

¹⁹ BGE 108 II 77 E. 1a; HESS, 11; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 17 N 13. Zur Abgrenzung vgl. auch BGE 112 II 1 E. 2; 113 II 15 E. 1 sowie hinten Rz 13 und 18 f. Insofern erstaunen bspw. die Regelungen im Kanton Bern, wonach bei einem «nicht schätzbaren Streitwert» 1'000 bis 40'000 Taxpunkte einzusetzen sind (Art. 36 Abs. 1 lit. f VKD BE) oder § 8 Abs. 1 lit. g GebT BL, welcher für Endentscheidungen «mit unbestimmtem Streitwert» einen Gebührenrahmen vorsieht. Denn der Streitwert muss sich immer anhand gewisser (mehr oder weniger schwierig zu bestimmenden) Kriterien bestimmen bzw. schätzen lassen, ansonsten sich auch kein Rechtsmittelstreitwert festlegen liesse. Diese kantonalen Regelungen führen daher nicht dazu, dass eine konkrete Streitwertbemessung überflüssig wird.

seits lastet der Bewertung eines Rechtsbegehrens, welches sich nur schwierig beziffern lässt, häufig etwas Willkürliches an, da vielfach keine vernünftigen Beurteilungskriterien vorhanden sind.²⁰

II. Vermögensrechtliche Streitigkeiten

- 12 Eine vermögensrechtliche Streitsache («*affaire pécuniaire*») liegt vor, wenn sie einen materiellen Wert aufweist, für welchen ein äquivalenter Geldbetrag genannt werden kann.²¹ Massgebend ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass der Rechtsgrund eines vermögensrechtlichen Anspruches in einem Vermögenrecht ruht, mit der Klage «letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird».²² In der Praxis gestaltet sich die Unterscheidung jedoch oft schwierig. Wie aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ersichtlich ist, scheint das Bundesgericht im Zweifelsfalle eher von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen.²³ Die in der Lehre weiter anzutreffende Differenzierung in berechenbare und nicht berechenbare Streitgegenstände²⁴ ist m.E. aufgrund der im Gesetz verwendeten Terminologien und der bloss marginalen Unterscheidungskraft nicht (mehr) von Bedeutung.
- 13 Nur vermögensrechtliche Streitigkeiten können *per definitionem* überhaupt einen Streitwert haben; für nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten kommen die Berechnungsvorschriften von Art. 91–94 ZPO deshalb nicht zur Anwendung. Innerhalb der Kategorie der vermögensrechtlichen Streitigkeiten unterscheidet das Gesetz weiter

²⁰ Zu denken ist bspw. an Streitigkeiten aus dem Nachbarrecht (Immissionsschutz), welche als vermögensrechtlich zu qualifizieren sind, deren Bewertung aber regelmässig zu Problemen führt.

²¹ ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 4; MEIER, ZPR, 479; SUTTER-SOMM, Rz 611. Ebenso POUDRET/SANDOZ-MONOD, Art. 36 N 2.

²² BGE 118 II 528 E. 2c; 116 II 379 E. 2a; 108 II 77 E. 1a. Vgl. u.a. auch RICKLI, Rz 71 ff., insb. 73; Brunner/Gasser/Schwander-DIGGELMANN, Art. 91 N 1; KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 91 N 2; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 4; BIRCHMEIER, 126; SCHULLER, 72 ff.; GOEPFERT, Streitwertberechnung, 43.

²³ Vgl. etwa BGE 108 II 77 E. 1b; 82 II 292 E. 1; BGer 5A_795/2012 E. 1; 4A_465/2008 E. 1.4 a.E.

²⁴ SCHULLER, 69 ff. m.w.H.

zwischen jenen, deren Rechtsbegehren auf eine genau bestimmte Geldsumme lauten (Art. 91 Abs. 1 ZPO), und solchen, welche nicht direkt auf eine bezifferte Summe gerichtet sind (Art. 91 Abs. 2 ZPO).²⁵ V.a. bei letzteren gestaltet sich die Abgrenzung zu nicht vermögensrechtlichen Klagen häufig schwierig, da der wirtschaftliche Zweck nicht immer sofort auf der Hand liegt (bspw. bei einer Informationsklage).

Es stellt sich die Frage, ob für die Qualifikation einer Streitigkeit lediglich auf das Rechtsbegehren der Klage abzustellen ist oder ob auch das hinter der Klage stehende Interesse des Klägers berücksichtigt werden muss. Zu denken ist etwa an das Institut der Verbandsklage i.S.v. Art. 89 ZPO, mit welcher ein Verband seine vorwiegend ideellen Interessen durchsetzen will, also kein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird, aber das Streitobjekt wie bei der Klage einer Privatperson durch einen äquivalenten Geldbetrag ausgedrückt werden kann.²⁶ Die Person der klagenden Partei, welche bei der Interessenberücksichtigung in den Vordergrund rückt, darf m.E. nur beschränkt zur Qualifikation als vermögensrechtliche bzw. nicht vermögensrechtliche Streitigkeit herangezogen werden. Denn letztlich muss ausschliesslich das objektiv betrachtete Interesse am Streitobjekt entscheidend sein und eine weitergehende Intention des Klägers darf nicht als Beurteilungskriterium herangezogen werden.²⁷ 14

Nachfolgend erfolgt eine kurze Kasuistik zu umstrittenen Abgrenzungsfragen. Für weitergehende Ausführungen und Hinweise zur konkreten Bestimmung des Streit- 15

²⁵ Dazu bereits SCHULLER, 30 f. Ausführlich zu Art. 91 ZPO hinten Rz 221 ff.

²⁶ Zu denken ist bspw. an die Verbandsklage einer Umweltschutzorganisation, mit welcher diese übermässige Immissionen auf ein Grundstück verhindern will. Eine solche Klage ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als vermögensrechtlich zu qualifizieren, vgl. hinten Rz 268.

²⁷ Vgl. dazu insb. die Ausführungen hinten Rz 149 ff. Auch Klagen von Berufs- und Wirtschaftsverbänden bzw. von Konsumentenschutzorganisationen i.S.v. Art. 10 Abs. 2 UWG gelten als vermögensrechtlich, da diese wirtschaftliche Interessen durchsetzen. Fraglich ist, ob dies auch bei einem ausschliesslich ideellen Motiv, bspw. bei Klagen des Bundes nach Art. 10 Abs. 2 lit. c UWG, Geltung beanspruchen kann. In einem solchen Fall wird das Klagebegehren – wie bei der Klage jeder anderen Partei – nur schlecht in Geld ausgedrückt werden können und der Vorteil für den Bund auch bei Obsiegen nie vermögensrechtlicher Natur sein, vgl. BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Vor Art. 9–13a N 79.

werts von Klagen mit unbestimmten Rechtsbegehren ist auf die Rz 223 ff. zu verweisen. Als vermögensrechtlich trotz teils schwierig zu bemessenden Streitwerts werden u.a. folgende Streitigkeiten qualifiziert:

- Grundsätzlich sämtliche Streitigkeiten des Obligationenrechts, z.B. Erstreckung eines Mietverhältnisses,²⁸ Ansprüche aus dem Arbeitsrecht wie Ausstellung eines Arbeitszeugnisses,²⁹ Anspruch auf Genugtuung, auch wenn der Anspruch in einer Verletzung der persönlichen Verhältnisse liegt.³⁰ Das Bundesgericht stellt in erster Linie auf den materiellen Wert ab; nicht vermögensrechtliche Elemente, bspw. beim Arbeitszeugnis,³¹ müssen zurücktreten.
- Klagen aus dem Aktienrecht wie bspw. Streitigkeiten über Mutationen im Verwaltungsrat, Wechsel der Revisionsstelle, Statutenänderungen³² oder Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen³³, da damit letztlich ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Ebenfalls fallen ein Gesuch um Einsetzung eines Sonderprüfers³⁴ oder Streitigkeiten aufgrund eines Organisationsmangels³⁵ so-

²⁸ BGE 113 II 406 E. 1.

²⁹ BGE 116 II 379 E. 2; BGer 4C_337/2004 E. 6.

³⁰ BGE 78 II 290; 41 II 621; 42 II 690. Als vermögensrechtliche Streitigkeit gilt selbst ein Genugtuungsanspruch, der in der Form der Urteilspublikation ergehen soll. HESS, 18, sieht darin zwar aufgrund der persönlichkeitsrechtlichen Komponente (Rehabilitierung der Ehrenhaftigkeit) einen gewissen Widerspruch, unterstellt diese Form der Genugtuung schliesslich aus praktischen Gründen trotzdem den vermögensrechtlichen Streitigkeiten. Zu deren Höhe vgl. hinten Rz 288.

³¹ So hat ein Arbeitszeugnis auch stets einen ideellen Wert bzw. Persönlichkeitswert, indem es die Stellung des Arbeitnehmers im öffentlichen und gesellschaftlichen Leben beeinflussen kann. Das Bundesgericht hat deshalb bei seinen Entscheidungen stets beide Aspekte in Erwägung gezogen, vgl. GOEPFERT, Streitwertberechnung, 47 m.w.H.

³² BGer 4A_278/2010; 4A_106/2010; 4A_321/2008; 4A_351/2008; 4A_24/2007.

³³ BGE 107 II 179 E. 1.

³⁴ BGE 120 II 393 E. 2; BGer 4A_24/2007 E. 1.3.

wie Klagen auf Wiedereintragung einer Gesellschaft ins Handelsregister³⁶ darunter. Diese Streitigkeiten haben regelmässig einen nur schwierig schätzbaren Streitwert.

- Andere gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, sofern sich die Mitgliedschaft nicht bloss im nichtwirtschaftlichen Interesse erschöpft. Diese Abgrenzung kann insb. bei vereinsrechtlichen³⁷ sowie genossenschaftlichen³⁸ Streitigkeiten zu gewissen Schwierigkeiten führen.
- Streitigkeiten aus dem ZGB, sofern ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Primär also, wenn es um vermögenswerte Interessen geht, z.B. sämtliche erbrechtlichen Streitigkeiten³⁹ und damit zusammenhängende Verfahren wie Aufsichtsverfahren⁴⁰ oder Absetzung eines Willensvollstreckers⁴¹.
- Sachenrechtliche Streitigkeiten wie Anfechtung von Beschlüssen einer Stockwerkeigentümerversammlung.⁴² Die vermögensrechtliche Natur ist darin zu se-

³⁵ BGer 4A_106/2010 E. 6, nicht publizierte Erw. in BGE 136 III 369. Basierend auf genannter Entscheidung änderte auch das OGer ZH seine Praxis und geht nunmehr von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit aus, OGer ZH vom 14. Februar 2011, LF110011-O, E. 3.2. Vgl. ebenfalls SCHÖNBÄCHLER, 408.

³⁶ BGer 4A_465/2008 E. 1.4 a.E.

³⁷ BGE 82 II 292 E. 1, in welcher eine rein vereinsrechtliche Streitigkeit als nicht vermögensrechtlich qualifiziert wurde.

³⁸ BGE 80 II 71 E. 1 bzgl. einer Versicherungsgenossenschaft, bei welcher das vermögensrechtliche Element im Vordergrund steht. Zur Änderung der früheren Rechtsprechung, welche noch generell von der nicht vermögensrechtlichen Natur von genossenschaftlichen Streitigkeiten ausging, vgl. BGE 56 II 297.

³⁹ In BGer 5A_289/2008 E. 1 wurden sämtliche Erbstreitigkeiten ausdrücklich als Zivilsachen mit Vermögenswert i.S.v. Art. 72 Abs. 1 i.V.m. Art. 74 BGG qualifiziert.

⁴⁰ BGE 135 III 578 E. 6.3. Zur Festlegung des Streitobjekts in erbrechtlichen Streitigkeiten vgl. hinten Rz 262 ff.

⁴¹ BGer 5A_646/2008 E. 2.3. Noch gänzlich offen gelassen in BGE 90 II 376 E. 4.

⁴² BGE 108 II 77 E. 1b; BGer 5A_795/2012 E. 1.

hen, dass nicht das persönlichkeitsbezogene Merkmal des vereinsrechtlich gefassten Beschlusses im Vordergrund steht, sondern die wirtschaftlichen Interessen des Stockwerkeigentümers an der Ausübung des gemeinschaftlichen Eigentums. Gleiches gilt für den Anspruch auf Ausschluss aus der Stockwerkeigentümergeinschaft⁴³, bei welchem erhebliche vermögenswerte Interessen betroffen sind.

- Immaterialgüterrechtliche Streitigkeiten, z.B. Streitigkeiten aus Markenrecht⁴⁴, unlauterem Wettbewerb⁴⁵, aber auch aus Firmenrecht⁴⁶. Wettbewerbsverletzungen knüpfen nicht an das Persönlichkeitsrecht an, sondern es stehen hauptsächlich wirtschaftliche Interessen auf dem Spiel.

16 Da die Problematik der Streitwertbestimmung nur bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten eine Rolle spielt, bilden ausschliesslich solche Ansprüche Gegenstand dieser Arbeit. Nachstehend erfolgen lediglich einige kurze Ausführungen zu den nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten, insb. was deren Unterscheidung von ersteren anbelangt. Denn gelegentlich ist es in der Praxis einfacher, eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit auszuschliessen, um eine Streitigkeit als vermögensrechtlich zu qualifizieren.

III. Nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten

17 Als nicht vermögensrechtlich gelten *e contrario* Streitsachen, wenn sie sich nicht durch einen Geldbetrag ausdrücken lassen. Es muss sich also um Rechte handeln, die weder zum Vermögen einer Person gehören, noch mit einem vermögensrechtlichen

⁴³ BGE 113 II 15 E. 1.

⁴⁴ BGE 95 II 191 E. I.; 93 II 50 E. 1.

⁴⁵ BGE 114 II 91; 104 II 124 E. 1; 103 II 211 E. 1.

⁴⁶ BGE 100 II 395 E. 1; 82 II 77, in welchem das Bundesgericht seine Rechtsprechung änderte.

Rechtsverhältnis eng verbunden sind.⁴⁷ Nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten haben mithin ihrer Natur nach stets einen selbständigen ideellen Inhalt zum Gegenstand und unterliegen keiner vermögensrechtlichen Schätzung.⁴⁸ Das Verwenden des Streitwertbegriffs in nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten – wie dies früher in der deutschen Gesetzgebung der Fall war – ist daher widersprüchlich.⁴⁹ Die Praxis des Bundesgerichts zu den nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten lässt sich hauptsächlich in zwei Gruppen unterteilen,⁵⁰ die nachfolgend mit einigen Beispielen illustriert werden sollen.

1. *Personenrechtliche Streitigkeiten*

In eine erste Kategorie fallen sämtliche Streitigkeiten rund um das Personenrecht, 18
sofern damit kein vermögensrechtlicher Anspruch geltend gemacht wird:

- Streit über die Verletzung von Persönlichkeitsrechten, sofern die Frage nicht die Zusprechung von Schadenersatz oder Genugtuung betrifft, mithin hauptsächlich ein Feststellungsbegehren oder Recht auf Gegendarstellung.⁵¹ Persönlichkeitsrechte haben naturgemäss einen ideellen Inhalt, da sich diese Rechte nicht in Geld ausdrücken lassen. Gleiches gilt für Streitigkeiten über die Verletzung von Namensrechten, sofern sich die Klage nicht auf eine Vermögensleistung bezieht.⁵²
- Streitigkeiten aus dem Vereinsrecht sind grundsätzlich ideeller Natur, da auch hier die Ausübung eines durch Art. 28 ZGB geschützten Rechts der Persönlich-

⁴⁷ BGE 108 II 77 E. 1a. Ebenso ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 6; SUTTER-SOMM, Rz 612; KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 91 N 2; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 137 N 1a; MEIER, ZPR, 479.

⁴⁸ SCHULLER, 77; BSK BGG-RUDIN, Art. 51 N 15.

⁴⁹ ROHS, 3. Vgl. auch RICKLI, Rz 70 m.w.H.

⁵⁰ Ähnlich RICKLI, Rz. 85.

⁵¹ BGE 127 III 481 E. 1a; 112 II 193 E. 1b; 110 II 411 E. 1; 106 II 92 E. 1a; 102 II 161 E. 1; 95 II 481 E. 1; 91 II 401 E. 1.

⁵² BGE 102 II 161 E. 1; 91 II 403.

keit im Vordergrund steht. Dazu gehören sämtliche sich daraus ergebenden Streitigkeiten wie z.B. die Gültigkeit von Vereinsbeschlüssen⁵³ oder der Streit um die Mitgliedschaft, selbst wenn die wirtschaftliche Seite in Frage steht⁵⁴.

- Feststellung der Nichtigkeit einer juristischen Person. Es geht dabei um das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person sowie um die Durchsetzung der öffentlichen Ordnung und damit um öffentliche Interessen. Eine ideelle Streitigkeit liegt selbst dann vor, wenn vom Kläger die Zusprennung des Liquidationserlöses beantragt wird.⁵⁵

2. Familienrechtliche Streitigkeiten

- 19 Die zweite Kategorie besteht aus den familienrechtlichen Streitigkeiten, sofern mit ihnen nicht ausschliesslich unterhaltsrechtliche Ansprüche oder güterrechtliche Auseinandersetzungen begehrt werden:

- Scheidungsklagen, auch wenn mit ihnen Unterhaltsleistungen und die güterrechtliche Auseinandersetzung als finanzielle Nebenfolgen gefordert werden.⁵⁶ Eine vermögensrechtliche Streitigkeit liegt hingegen vor, wenn nur güterrechtliche Fragen oder Unterhaltsbeiträge im Streit stehen.⁵⁷

⁵³ BGE 108 II 15 E. 1a.

⁵⁴ BGE 82 II 292 E. 1, in welchem es um die unbehinderte Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb eines Vereins ging.

⁵⁵ BGE 112 II 1 E. 2; 112 II 191 E. 2b. Diese Ansicht dürfte freilich nicht durchwegs der ansonsten konsequenten Linie des Bundesgerichts entsprechen, nachdem damit klar ein finanzielles Interesse im Vordergrund steht.

⁵⁶ BGE 137 III 380 E. 1.1; 116 II 493 E. 2a; BGer 5D_41/2007 E. 2.3. Gleiches gilt bei Klagen auf Feststellung (Anerkennung) des Nichtbestehens oder Bestehens einer Ehe, vgl. BGE 114 II 4 = Pra 77 (1988) Nr. 275, S. 1029.

⁵⁷ BGer 5A_637/2010 E. 1.2; 5A_108/2007 E. 1.2.

- Klagen auf Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses, auch wenn die Klage unterhalts- und damit vermögensrechtliche Folgen hat.⁵⁸ Ebenso Streitigkeiten über die elterliche Sorge⁵⁹ oder die Regelung des Besuchsrechts.⁶⁰

C. Funktionen des Streitwerts

Als Basis vieler prozessualer Fragen kommen dem Streitwert verschiedene Funktionen zu. So stellt der Streitwert die Grundlage für die Bestimmung der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit (sog. Zuständigkeitsstreitwert), für die Zulässigkeit von Rechtsmitteln (sog. Rechtsmittelstreitwert) sowie für die Bemessung der Gerichtskosten und der Parteientschädigung (sog. Gebührenstreitwert) dar.⁶¹ Die Bezeichnung als Gebührenstreitwert wird hier beibehalten, obwohl der Begriff nicht mehr demjenigen der ZPO entspricht, welche allgemein von Prozesskosten (bzw. Gerichtskosten und Parteientschädigung) spricht.⁶² Neben diesen drei Hauptfunktionen kommen dem Streitwert weitere Funktionen von eher untergeordneter Bedeutung zu.⁶³ 20

I. Zuständigkeitsstreitwert

Um der föderalistischen Struktur der Schweiz Rechnung zu tragen, verbleibt auch nach Einführung der eidgenössischen ZPO die Organisation der Gerichte und der Schlichtungsbehörden grundsätzlich bei den Kantonen (Art. 3 ZPO).⁶⁴ Gleiches gilt 21

⁵⁸ BGE 129 III 288 E. 2.2.

⁵⁹ BGE 114 II 412 E. 1c.

⁶⁰ BGE 112 II 289 E. 1.

⁶¹ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 15 Rz 1; BK ZPO-STERCHI, Vorbem. zu Art. 91–94 N 1 ff.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Kap. 6 Rz 60; ZÜRCHER, Streitwert, 493 f.; MEYER, 559; SCHAI, Streitwert, 12 f. Noch zum alten, kantonalen Recht FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 17 N 12; Bühler/Edelmann/Killer-BÜHLER, §§ 16+17 N 1 f.; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Bem. vor Art. 137; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPO, Vorbem. zu Art. 73–76 N 1; ebenfalls bereits GOEPFERT, Streitwertberechnung, 2.

⁶² Vgl. bspw. Art. 95 Abs. 1 ZPO. So spricht etwa RICKLI vom Kostenstreitwert, vgl. RICKLI, Rz 429.

⁶³ Vgl. hinten Rz 44 f.

⁶⁴ Vgl. Botschaft ZPO 7259.

nach Art. 4 ZPO für die sachliche und funktionelle Zuständigkeit der Gerichte, soweit die ZPO nichts anderes vorsieht.⁶⁵ Trotz dieses Vorbehalts erfolgt die Bestimmung eines allfällig kantonale vorgesehenen Zuständigkeitsstreitwerts ausschliesslich nach den Vorschriften der ZPO.⁶⁶ Die Kantone dürfen selbst keine eigenen Vorschriften zur Streitwertbestimmung aufstellen, um Zuständigkeiten von Gerichten voneinander abzugrenzen. Allfällige Vorschriften, welche Art. 91 ff. ZPO widersprechen, werden vom vorgehenden Bundesrecht derogiert.⁶⁷

1. Einzel- oder Kollegialgericht

- 22 Bei Verfahrenseinleitung kann sich die sachliche Zuständigkeit eines Gerichts nach der Höhe des Streitwerts bestimmen, sofern das kantonale Recht dies vorsieht. Von besonderer Bedeutung ist der Streitwert, wenn es um die Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit des Einzel- oder Kollegialgerichts geht. So schreibt bspw. der Kanton Zürich in § 24 lit. a GOG ZH vor, dass das Einzelgericht Streitigkeiten im vereinfachten Verfahren gemäss Art. 243 ZPO, die nicht einer anderen Instanz zugewiesen sind, zu beurteilen hat.⁶⁸ Das vereinfachte Verfahren seinerseits kommt grundsätzlich nur dann zur Anwendung, sofern der Streitwert Fr. 30'000.-- nicht überschreitet.⁶⁹ Mithin beeinflusst der Streitwert die Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit zwischen dem Einzelgericht und dem Kollegialgericht. Ähnliches gilt für arbeits- und mietrechtliche Verfahren. Auch hier beurteilt der Präsident oder die Präsidentin des Arbeitsgerichts resp. des Mietgerichts als Einzelgericht Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.-- (§ 25 resp. § 26 GOG ZH). Verfahren mit einem darüber liegenden Streitwert unterstehen dem Kollegialgericht. Bei einem Streitwert von mindestens

⁶⁵ So insb. für die bereits im alten Recht vorgesehenen immaterialgüter-, wettbewerbs- und haftpflichtrechtlichen Streitigkeiten nach Art. 5 ZPO. Ebenfalls dazu gehört bspw. die Mitwirkung des staatlichen Gerichts bei der Schiedsgerichtsbarkeit, vgl. Botschaft ZPO, 7259.

⁶⁶ Art. 4 Abs. 1 und 2 ZPO. Vgl. ebenfalls Botschaft ZPO, 7259.

⁶⁷ Art. 49 Abs. 1 BV. Vgl. auch Botschaft ZPO, 7259.

⁶⁸ Gleiches gilt z.B. in den Kantonen Aargau (§ 6 lit. a EG ZPO AG), Bern (Art. 8 Abs. 1 EG ZSJ BE) sowie St. Gallen (Art. 6 Abs. 1 lit. b EG ZPO SG).

⁶⁹ Art. 243 Abs. 1 ZPO. Zur Relevanz des Streitwerts für die Verfahrensart vgl. auch die Ausführungen hinten Rz 44.

Fr. 15'000.-- kann im Kanton Zürich der Präsident auf Verlangen einer Partei oder nach seinem eigenen Ermessen ebenfalls das Kollegialgericht einsetzen (§ 25 Satz 2 bzw. § 26 Satz 2 GOG ZH).

Grundsätzlich keine Rolle spielt der Streitwert für die Pflicht zur Anrufung der Schlichtungsbehörde (vgl. Art. 197 ZPO). Das Gesetz sieht in Art. 199 Abs. 1 ZPO allerdings eine Ausnahme vor, indem es den Parteien ermöglicht, in vermögensrechtlichen Streitigkeiten von mindestens Fr. 100'000.-- bei gegenseitigem Einverständnis von einem Schlichtungsversuch abzusehen. Andererseits ist die Kompetenz der Schlichtungsbehörde zur Unterbreitung eines Urteilsvorschlags von einer maximalen Streitwertgrenze abhängig. Sie kann den Parteien nach Art. 210 Abs. 1 lit. c ZPO einen Urteilsvorschlag unterbreiten, sofern es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit bis zu einem Streitwert von Fr. 5'000.-- handelt. Bei Ablehnung dieses Urteilsvorschlags innert 20 Tagen durch eine der Parteien wird die Klagebewilligung ausgestellt, andernfalls gilt er als angenommen und erwächst in Rechtskraft (Art. 211 Abs. 1 ZPO). Beträgt der Streitwert höchstens Fr. 2'000.--, kann die Schlichtungsbehörde auf entsprechenden Antrag des Klägers die Sache sogar direkt entscheiden (Art. 212 Abs. 1 ZPO).⁷⁰

2. *Handelsgerichtliche Zuständigkeit im Besonderen*

Da die Regelung der sachlichen Zuständigkeit weiterhin den Kantonen vorbehalten bleibt,⁷¹ steht es ihnen frei, ein Handelsgericht i.S.v. Art. 6 ZPO zur Beurteilung von handelsrechtlichen Streitigkeiten einzusetzen, wie dies in den Kantonen Aargau, Bern, St. Gallen und Zürich der Fall ist.⁷² Die Kriterien, wann eine handelsrechtliche Streitigkeit vorliegt, sind abschliessend in Art. 6 Abs. 2 ZPO geregelt; mithin bestimmt das

⁷⁰ Vgl. auch RICKLI, Rz 24.

⁷¹ Vgl. vorne Rz 21.

⁷² Vgl. §§ 66a ff. GOG AG, Art. 45 Abs. 2 GSOG BE, Art. 10 f. EG ZPO SG, § 3 Abs. 1 lit. b und § 44 lit. b GOG ZH.

Bundesrecht, wann ein Kläger ans Handelsgericht gelangen muss bzw. kann.⁷³ Neben den Voraussetzungen, dass die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen sein muss (lit. a) und der Eintragung der Parteien im schweizerischen Handelsregister oder in einem vergleichbaren ausländischen Register (lit. c), verlangt lit. b, dass gegen eine Entscheidung die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht offen stehen muss. Dieser Verweis bedeutet, dass einerseits die Streitwertgrenzen von Art. 74 BGG zu beachten sind, andererseits auch die Streitwertberechnungsvorschriften von Art. 51 ff. BGG – und nicht etwa diejenigen von Art. 91 ff. ZPO – zur Anwendung gelangen.⁷⁴ Dies wiederum zieht konsequenterweise die Folge nach sich, dass für die Berechnung des Gebührenstreitwerts die Regeln der ZPO zu befolgen sind und für die Berechnung des Rechtsmittel- bzw. Zuständigkeitsstreitwerts hingegen die Regeln des BGG. Da die Bestimmungen nicht vollständig deckungsgleich sind, können in gewissen Konstellationen bei derselben Streitigkeit unterschiedliche Streitwerte resultieren.⁷⁵

- 25 Neben den handelsrechtlichen Streitigkeiten ermöglicht Art. 6 Abs. 4 ZPO den Kantonen die Zuständigkeit des Handelsgerichts noch weiter auszubauen: Zum einen auf Streitigkeiten gemäss Art. 5 ZPO, zum andern ganz allgemein auf Streitigkeiten aus Gesellschafts- sowie Anlagefonds- und Anleihe-recht. Abgesehen von UWG-Streitigkeiten, bei welchen das Bundesrecht selbst eine Streitwertgrenze von Fr. 30'000.-- vorsieht, können die Kantone in Fällen von Art. 6 Abs. 4 ZPO ebenfalls eine Streitwertgrenze vorschreiben.⁷⁶ Eine solche Einschränkung der sachlichen Zuständigkeit muss aufgrund der Wahlmöglichkeit der Kantone, ob überhaupt ein Han-

⁷³ Vgl. BGE 137 III 563 E. 3.4 zur abschliessenden Regelung in der ZPO. Vgl. auch Art. 6 Abs. 2 bzw. Art. 6 Abs. 3 ZPO bzgl. der Wahlmöglichkeit des Klägers. Mit kritischen Anmerkungen zu dieser Wahlmöglichkeit BRUNNER, 1529 ff.; SCHWALLER/NAEGELI, Die Zuständigkeit der Handelsgerichte nach Art. 6 Abs. 3 ZPO, Jusletter 14. November 2011.

⁷⁴ Gl.M. BERGER, 477 Fn. 33; SENEL, Rz 265. Ebenso bereits zur kantonalen ZPO Bühler/Edelmann/Killer-KILLER, § 404 N 17; EICHENBERGER, § 17 N 2.

⁷⁵ Zu den Differenzen und dem Zusammenspiel zwischen den verschiedenen Streitwertvorschriften im BGG und der ZPO vgl. ausführlich hinten Rz 93 f.

⁷⁶ Vgl. Botschaft ZPO, 7261; ZK ZPO-RÜETSCHI, Art. 6 N 37, sowie die Bestätigung durch das Bundesgericht in BGE 139 III 67 E. 1.2.

delsgericht geschaffen wird oder nicht, zulässig sein. Die Kantone Zürich und Bern haben dementsprechend in ihren kantonalen Organisationsgesetzen für Streitigkeiten aus dem Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften gemäss Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO ein solches zusätzliches Streitwerterfordernis von Fr. 30'000.-- aufgestellt.⁷⁷ Kein solches Streitwerterfordernis sehen hingegen die Kantone Aargau und St. Gallen für die Zuständigkeit ihrer Handelsgerichte vor.⁷⁸ Entscheidungen solch einziger kantonalen Gerichte sind in jedem Fall unabhängig vom Streitwert mit Beschwerde ans Bundesgericht weiterziehbar.⁷⁹

3. *Prorogationsmöglichkeit einer einzigen kantonalen Instanz*

Neben den Rechtsgebieten in Art. 5 ZPO, in welchen schon von Bundesrechts wegen eine einzige kantonale Instanz vorgesehen ist, wurde schliesslich mit der eidgenössischen ZPO eine weitere Möglichkeit eingeführt, den Weiterzug auch für andere Streitigkeiten auf eine einzige Instanz zu beschränken. Bereits in Art. 75 Abs. 2 lit. c BGG ist die Möglichkeit einer Prorogation des obersten kantonalen Gerichts als einzige Instanz vorgesehen. Darauf stützt sich nun Art. 9 ZPO, gemäss welchem die klagende Partei mit Zustimmung des Beklagten direkt an das obere Gericht gelangen kann, sofern der Streitwert mindestens Fr. 100'000.-- beträgt. Nach gewissen Differenzen in der Vernehmlassung wurde in der Botschaft klargestellt, dass sich der Anwendungs-

26

⁷⁷ So der Kanton Zürich in § 44 lit. b GOG ZH bzw. der Kanton Bern in Art. 7 Abs. 2 EG ZSJ. Vgl. SENEL, Rz 312. Der Kanton Zürich hat überdies auch eine allgemeine Streitwertgrenze von Fr. 30'000.-- für die Mehrheit der Streitigkeiten gemäss Art. 5 Abs. 1 ZPO (vgl. § 44 lit. a GOG ZH) sowie generell für Streitigkeiten i.S.v. Art. 6 Abs. 2 und 3 eingeführt (§ 44 lit. b GOG ZH). Fraglich ist, ob eine solche bundesrechtlich vorgeschriebene Voraussetzung für die Zuständigkeit des Handelsgerichts durch kantonales Recht zusätzlich eingeschränkt werden darf. So wirkt diese kantonal vorgesehene Streitwertgrenze insb. dann einschränkend, wenn der Weiterzug einer Streitigkeit ans Bundesgericht gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG bereits ab Fr. 15'000.-- möglich ist (Miet- und Arbeitsrecht). Die grundsätzliche Frage, ob das Handelsgericht in mietrechtlichen Verfahren mit einem Streitwert zwischen Fr. 15'000.-- und Fr. 30'000.-- zuständig sein kann, ist umstritten (bejahend HGer BE vom 3. Mai 2013, HG 13 2, E. 6, publ. in ZBJV 2013, 754 ff., mit Hinweisen auf die verschiedenen Lehrmeinungen).

⁷⁸ Vgl. § 66d Abs. 1 EG ZPO AG bzw. Art. 11 Abs. 1 lit. b EG ZPO SG.

⁷⁹ BGE 139 III 67 E. 1.2 mit dem Hinweis, dass in solchen Fällen stets Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG einschlägig ist.

bereich nur auf vermögensrechtliche Streitigkeiten erstreckt sowie der Mindeststreitwert von Fr. 100'000.-- zwar relativ hoch, aufgrund der ausserordentlichen sachlichen Zuständigkeit jedoch gerechtfertigt ist.⁸⁰ Für die Berechnung des erforderlichen Streitwerts kommen Art. 91 ff. ZPO zur Anwendung.⁸¹

II. Rechtsmittelstreitwert

- 27 Die Höhe des Rechtsmittelstreitwerts ist neben anderen Faktoren entscheidend, ob gegen ein Urteil ein ordentliches Rechtsmittel eingelegt werden kann. So ist die Berufung an das kantonale obere Gericht an die Voraussetzung geknüpft, dass in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren Fr. 10'000.-- übersteigt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Damit stellen sowohl die ZPO wie auch das BGG für die Berechnung des Rechtsmittelstreitwerts auf den Zeitpunkt der Urteilsfällung ab, was zur Folge hat, dass sich hier in zeitlicher Hinsicht gewisse Unterschiede zur Zuständigkeits- und Verfahrensstreitwertberechnung ergeben können. Auf den Rechtsmittelstreitwert wird daher noch verschiedentlich detailliert einzugehen sein.⁸² Bei Streitigkeiten, die das Streitwerterfordernis von Fr. 10'000.-- nicht erreichen, steht nur die Möglichkeit der (subsidiären) Beschwerde offen (Art. 319 lit. a ZPO).⁸³ Massgebend ist jeweils der Streitwert des ergangenen Entscheids und nicht der Streitwert des gesamten Prozesses; dies gilt insb., wenn der Prozess in zwei (oder mehrere) selbständige Verfahren aufgeteilt worden ist.⁸⁴
- 28 Ein Weiterzug ans Bundesgericht mittels Beschwerde in Zivilsachen ist gemäss Art. 74 Abs. 1 BGG grundsätzlich nur möglich, wenn der Streitwert Fr. 30'000.--, bzw. Fr. 15'000.-- in arbeits- und mietrechtlichen Fällen, übersteigt. Ausnahmen von die-

⁸⁰ Botschaft ZPO, 7262. Zu den Voraussetzung einer Prorogation ZK ZPO-RÜETSCHI, Art. 8 N 6 ff.

⁸¹ Gl.M. RICKLI, Rz 29 m.w.H.

⁸² Ausführlich zum Rechtsmittelstreitwert und dem unterschiedlichen Berechnungszeitpunkt hinten Rz 46 ff. sowie Rz 185 ff.

⁸³ Statt vieler ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 308 N 38; Brunner/Gasser/Schwander-BLICKENSTORFER, Art. 319 N 8.

⁸⁴ So bereits BGE 94 II 51 E. 1.

sem Streitwerterfordernis bilden einzig die beiden in Art. 74 Abs. 2 BGG vorgesehenen Möglichkeiten für diejenigen Fälle, in welchen ein Bundesgesetz eine einzige kantonale Instanz vorschreibt (lit. b) oder sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (lit. a).⁸⁵ Andernfalls kann mittels der subsidiären Verfassungsbeschwerde immerhin noch die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden.⁸⁶

III. Gebührenstreitwert

Von besonderer Bedeutung – gleichsam «*Pièce de Résistance*» – ist die Streitwertbestimmung für die Höhe der Prozesskosten. Denn hier genügt es nicht, nur das Über- oder Unterschreiten einer bestimmten Streitwertschwelle festzustellen; für die Festlegung der Prozesskosten muss das Gericht einen bestimmten Betrag als Streitwert nennen und davon ausgehend die Höhe der Gerichtskosten sowie der Parteientschädigung festlegen. Trotz der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts verblieb die Regelung der Kosten bei den Kantonen (Art. 96 ZPO). Damit wurde der Mehrheit der Stimmen im Vernehmlassungsverfahren Folge geleistet, die dafür plädierten, dass auch weiterhin die Kantone den Preis der Justiz bestimmen sollen.⁸⁷ Obwohl eine einheitliche Bundeslösung unterschiedliche Kosten und einen möglichen Prozesstourismus hätte verhindern können – wie dies z.B. mit der Gebührenverordnung zum SchKG (SR 281.35) geschehen ist –, wurde der föderalistische Gedanke höher gewichtet.⁸⁸ M.E. hat es der Bundesgesetzgeber damit versäumt, das Zivilprozessrecht in seiner Gesamtheit eidgenössisch zu regeln. Dieser Kompromiss führt dazu, dass ein Prozessieren trotzdem noch von unterschiedlichen Regelungen und vielen Besonderheiten in der kantonalen Handhabung der Kosten geprägt ist, was nicht Sinn und Zweck der Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts gewesen sein dürfte. Dass eine

⁸⁵ Vgl. zum Ganzen JAGGI, 54 f.; BSK BGG-RUDIN, Art. 74 N 31 ff.; Brunner/Gasser/Schwander-BLICKENSTORFER, Vor Art. 308–334 N 20.

⁸⁶ Art. 113 und Art. 116 BGG. Dazu BSK BGG-BIAGGINI, Art. 113 N 29 ff.

⁸⁷ Botschaft ZPO, 7244; Zusammenstellung der Vernehmlassung ZPO, 247 ff.

⁸⁸ Zum Ganzen Bericht VE ZPO, 52, sowie die beiden Vorschläge der Expertenkommission. Vgl. ebenfalls SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER, 14 f. m.w.H.

andere Lösung durchaus gangbar und sinnvoll ist, zeigt ein Blick auf das deutsche Gerichtskostengesetz vom 1. Oktober 1879.⁸⁹ Ein einheitliches Kostengesetz wäre daher zu begrüßen gewesen.

1. Bemessungskriterien der Prozesskosten

30 Im streitwertbasierenden System⁹⁰ orientiert sich die Höhe der Prozesskosten grundsätzlich am Streitwert. Bei einem höheren eingeklagten Betrag fallen folglich höhere Gerichtskosten an und auch die Parteientschädigung i.S.v. Art. 95 Abs. 3 ZPO steigt entsprechend. Dass aber ein höherer Streitwert nicht automatisch mehr Aufwand seitens des Gerichts oder der Parteivertreter bedeutet, liegt auf der Hand. Schon relativ früh wurde in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung deshalb festgehalten, dass der Streitwert nicht alleine für die Höhe der Kosten massgebend sein darf.⁹¹ Dies bestätigt auch die Botschaft in Bezug auf die Voraussetzungen zur Ausgestaltung der Gebührentarife unter der eidgenössischen ZPO.⁹² Entsprechend sehen die verschiedenen Gebührentarife stets Bandbreiten vor, innerhalb derer die Gebühren nach weiteren Kriterien zu bemessen sind.⁹³

31 Aufgrund der unterschiedlichen Behandlung – Gerichtskosten auferlegt das Gericht von Amtes wegen, wohingegen eine Parteientschädigung infolge der Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) nur auf Antrag ausgerichtet wird – und der unterschiedlichen Interessen (Kostenstruktur, Erschwinglichkeit der Rechtspflege) haben die Kantone jeweils zwei separate Tarifordnungen für die Gerichtskosten bzw. die Parteient-

⁸⁹ Vgl. dazu hinten Rz 66.

⁹⁰ Zum streitwertbasierenden System ausführlich hinten Rz 112 ff. sowie Rz 132 ff.

⁹¹ So etwa BGE 120 Ia 171 E. 4. Vgl. ebenfalls RICKLI, Rz 36; STERCHI, 17; BSK CPC-TAPPY, Art. 91 N 21; BK ZPO-STERCHI, Vorbem. Art. 91–94 N 2.

⁹² Botschaft ZPO, 7290 mit Verweis auf BGE 126 I 180; 124 I 241; 120 Ia 171.

⁹³ So bspw. Ziff. 1 GebT BGer sowie die verschiedenen kantonalen Gebührentarife. Die Gebührenrahmen müssen jedoch nicht zwingend vom Streitwert abhängig sein. So können die Rahmen auch streitwertunabhängig bestehen und der Streitwert kann lediglich zur weiteren Erhöhung des Kostenrahmens herangezogen werden, vgl. z.B. Art. 13 ff. Gebührenordnung des Kantons Appenzell Ausserrhoden.

schädigung erlassen.⁹⁴ Angesichts des stark variierenden Aufwands ist es den Kantonen nicht nur gestattet, sondern sie sind sogar verpflichtet, in den Streitwerttarifen Kostenrahmen mit Mindest- und Höchstbeträgen festzusetzen und diese mit Zuschlägen oder Ermässigungsmöglichkeiten zu versehen, die dem erhöhten oder reduzierten Aufwand im Einzelfall angemessen Rechnung tragen lassen.⁹⁵ Innerhalb dieser Kostenrahmen bestimmt der Richter den Tarif nach Ermessen. Im Gegensatz zur ZPO sieht Art. 65 Abs. 2 BGG als Kriterien, von welchen sich die Richter leiten lassen sollen, ausdrücklich den Umfang und die Schwierigkeit einer Sache, die Art der Prozessführung und die finanzielle Lage der Parteien vor.⁹⁶ In der Literatur zur ZPO hat die Lehre diese Kriterien für die Prozesskostenberechnung aufgenommen und erweitert. So werden zusätzlich die Bedeutung des Prozesses für die Parteien sowie der gerichtliche Aufwand genannt.⁹⁷ Dies hat zur Folge, dass selbst bei einer genauen Bezifferung des Streitwerts dem Gericht noch immer ein erheblicher Ermessensspielraum verbleibt. Sofern das Gericht aber vom streitwertabhängigen Normtarif abweicht, hat es dies m.E. entsprechend zu begründen.⁹⁸ Dies betrifft insbesondere Zu- und Abschläge, welche von der errechneten Gebühr vorgenommen werden.

Wie der für die Bemessung der Prozesskosten hauptsächlich massgebende Streitwert (Gebührenstreitwert) festzulegen ist, können die Kantone nicht selbst bestimmen. Ob die Sache einen Streitwert hat und wie dieser zu berechnen ist, richtet sich ausschliesslich nach den Art. 91–94 ZPO; für kantonales Recht bleibt hier kein Raum.⁹⁹ Dies stellt Art. 4 Abs. 2 ZPO bereits für die sachliche Zuständigkeit fest und muss

⁹⁴ ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, Art. 95 N 10. Vgl. unter anderem etwa die Kantone Aargau (Verfahrenskostendekret/Anwaltstarif), Bern (Verfahrenskostendekret/Parteikostenverordnung), St. Gallen (Gerichtskostenverordnung/Honorarordnung) und Zürich (Gebührenverordnung/Anwaltsgebührenverordnung).

⁹⁵ Botschaft ZPO, 7292; STERCHI, 17; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPO, Art. 262 N 2; ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, Art. 96 N 13.

⁹⁶ Vgl. auch SHK BGG-SEILER, Art. 65 N 13–15.

⁹⁷ Statt vieler SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Kap. 8 Rz 28. Ebenfalls Botschaft ZPO, 7290.

⁹⁸ Ebenso ZÜRCHER, Einzelrichter, 283.

⁹⁹ Gl. M. ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, Art. 96 N 12; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 16 Rz 5; RICKLI, Rz 41 m.w.H. A.A. ZK ZPO-REETZ, vor Art. 308-318 N 42.

infolge der abschliessenden bundesrechtlichen Regelung in den Art. 91 ff. ZPO auch für die Berechnung des Gebührenstreitwerts gelten. Abweichende kantonale Berechnungsvorschriften sind demnach bundesrechtswidrig. Regelmässig wird daher in den Verfahrens- und Parteikostenverordnungen auf die Art. 91 ff. ZPO verwiesen.¹⁰⁰

2. Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip als verfassungsmässige Schranken

- 33 Neben den genannten Kriterien sind bei der Festlegung der Gerichtsgebühren die verfassungsmässigen Schranken zu berücksichtigen. Das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip als verfassungsmässige Rechte erlangen insb. bei der Überprüfung einer festgelegten Gebühr durch die Rechtsmittelinstanz prominente Bedeutung.¹⁰¹ Die Tariffhöhe dieser staatlichen Gebühr darf nicht nur vom Streitwert abhängen, sondern hat stets auch diesen beiden Prinzipien zu genügen. Das Kostendeckungsprinzip besagt, dass die Gesamteinnahme durch eine Gebühr die Gesamtkosten der betreffenden Amtshandlung nicht oder höchstens geringfügig übersteigen darf.¹⁰² Das Äquivalenzprinzip stellt die gebührenrechtliche Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (Art. 5 Abs. 2 BV) und Willkürverbots (Art. 9 BV) für den Bereich der Kausalabgaben dar. Demnach darf die Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der staatlichen Leistung stehen und muss sich in vernünftigen Grenzen bewegen.¹⁰³ Die Kosten dürfen sich in einer Gesamtbetrachtung nicht als prohibitiv erweisen. Der Zugang zu den Gerichten soll m.a.W. durch das Kostenrisiko nicht so erschwert werden, dass der Rechtsweg nicht mehr beschritten werden kann.¹⁰⁴ Der Wert einer Leistung hat sich insb. nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten

¹⁰⁰ So ausdrücklich etwa § 4 Abs. 1 VKD AG; § 4 Abs. 1 AnwT AG.

¹⁰¹ Vgl. hinten Rz 351 ff.

¹⁰² BGE 139 III 334 E. 3.2.3; 126 I 180 E. 3a/aa; 120 Ia 171 E. 2a; Bericht VE ZPO, 51 m.w.H.

¹⁰³ BGE 139 III 334 E. 3.2.4 m.w.H.; 132 II 47 E. 4.1; 130 III 225 E. 2.3; 126 I 180 E. 3a/bb; 122 I 279 E. 6c; 120 Ia 171 E. 2a; Bericht VE ZPO, 51 m.w.H.

¹⁰⁴ Botschaft ZPO, 7290; insb. auch Bericht VE ZPO, 51. Ebenfalls SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Kap. 8 Rz 8 f. m.w.H. zur Kostendeckung des Gerichtswesens. Zum Ganzen ferner STERCHI, 13.

Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs zu bemessen. Das Bundesgericht betont dabei, es sei zwar nicht notwendig, dass die Gebühren in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen; sie sollten aber nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht Unterscheidungen treffen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich seien.¹⁰⁵

Das Kostendeckungsprinzip dürfte regelmässig nicht verletzt sein, da die Gerichtsgewähr 34
 bühren kaum je sämtliche Kosten des Gerichtswesens decken werden. So hielt das Bundesgericht in verschiedenen Entscheidungen ausdrücklich fest, dass das Kostendeckungsprinzip die Gesamtkosten für die Justiz betreffe.¹⁰⁶ Das Obergericht Zürich stellte denn auch die Erträge der Zürcher Bezirksgerichte dem Aufwand gegenüber und kam zum Schluss, dass aufgrund dieses Negativsaldos das Kostendeckungsprinzip gewahrt sei.¹⁰⁷ Selbst in einfacheren Fällen mit einem hohen Streitwert dürfte somit insgesamt kaum je ein Überschuss entstehen, sodass das Kostendeckungsprinzip im Allgemeinen keine Begrenzung der Gerichtskosten bewirken wird,¹⁰⁸ sondern vielmehr ein Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip zu prüfen ist. Doch auch dieses wird in vermögensrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten nur restriktiv zur Korrektur von hohen Gebühren aufgrund eines hohen Streitwerts angewendet. Nach dem Bundesgericht ist stets auch der wirtschaftliche Nutzen für den Pflichtigen zu berücksichtigen und der Umstand, dass eine hohe Gebühr für bedeutende Geschäfte in gewissem Rahmen den Ausfall in weniger bedeutenden etwas ausgleichen dürfe.¹⁰⁹ Dies ist jedoch nicht gänzlich unproblematisch, da das Äquivalenzprinzip in gewissem Masse ausgehöhlt und dem Einzelnen eine Kostenlast auferlegt wird, die er grundsätzlich nicht zu tragen haben dürfte. Eine solche Ungleichbehandlung soll das Äquivalenz-

¹⁰⁵ BGE 139 III 334 E. 3.2.4.

¹⁰⁶ Vgl. BGE 4A_237/2013 E. 3.2.3; 4A_680/2011 E. 2.2; 2C_404/2010 E. 6.5.

¹⁰⁷ OGer ZH vom 20. Januar 2012, LF110118-O/U, E. 5.2 mit Verweis auf die Staatskanzlei des Kantons Zürich, Rechnung des Kantons Zürich 2010, S. 410, wonach im Jahr 2010 Erträge von Fr. 48 Mio. einem Aufwand von rund Fr. 145 Mio. gegenübergestanden seien.

¹⁰⁸ So etwa ausdrücklich BGE 139 III 334 E. 3.2.3.

¹⁰⁹ Vgl. BGE 139 III 334 E. 3.2.4; 130 III 225 E. 2.4; zum Ganzen BGE 4A_237/2013 E. 3.2.4 sowie 4A_680/2011; OGer ZH vom 20. Januar 2012, LF110118-O/U, E. 5.2.

prinzip gerade verhindern. Trotzdem werden Fälle, die nur einen minimalen Aufwand verursachen und dennoch einen hohen Streitwert haben, relativ selten sein, sodass sie getrost als Ausnahme von der Regel bezeichnet werden können. Problematisch dabei ist, dass die wenigen Fälle, in welchen der Streitwert sehr hoch ist, aber trotzdem nur ein geringer Aufwand entsteht, umso extremer sind. Dies dürfte hauptsächlich bei Nichteintretensentscheidungen der Fall sein.¹¹⁰ In solchen Fällen ist der Richter verpflichtet, die Gerichtskosten tiefer anzusetzen als vom Gebührentarif als Minimalgrenze vorgesehen, um dem Äquivalenzprinzip Rechnung zu tragen. Auf die Bedeutung des Äquivalenzprinzips wird daher noch an verschiedenen Stellen zurück zu kommen sein.¹¹¹

- 35 Um aufzuzeigen, dass das Äquivalenzprinzip neben solchen Extremfällen dennoch in gewissen anderen Fällen zum Tragen kommt und auch kommen sollte, ist auf zwei Beispiele¹¹² hinzuweisen: In BGE 135 III 578 setzte die Vorinstanz beim Streit um die Absetzung eines Willensvollstreckers die Gerichtskosten auf Grundlage des Nachlasswerts von rund Fr. 120 Mio. auf den Betrag von Fr. 450'000.-- fest. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass dies dem Äquivalenzprinzip widerspreche, willkürlich und damit unzulässig sei.¹¹³ In einem anderen Fall war das Obergericht Zürich mit einem Streit über die Suspendierung von Stimmrechten einer grossen Aktionärsgruppe einer börsenkotierten Gesellschaft konfrontiert. Der Streitwert belief sich auf rund Fr. 343 Mio., was selbst bei voller Ausschöpfung des vorgesehenen Ermessensspielraums nach unten Gerichtskosten von Fr. 800'000.-- ergeben hätte. Unter Berücksichtigung des Zeitaufwands und der Schwierigkeit des Falles sei dieser Betrag noch immer offen-

¹¹⁰ Ausserdem hat insb. die Gebührenfestsetzung bei Klagen im Aktienrecht grosses Potenzial auf Verletzung des Äquivalenzprinzips, wenn nur auf den eingeklagten Anspruch abgestellt wird, was sich gemäss KUNZ prohibitiv auswirke (KUNZ, Aktienrecht, 86). Betreffend die gesellschaftsrechtlichen Klagen siehe auch hinten Rz 253 ff.

¹¹¹ Vgl. insb. hinten Rz 141 f.

¹¹² Für weitere Beispiele siehe WURZBURGER, *émoluments judiciaires*, 309 ff. Zur Kostendeckung der Gerichte in den verschiedenen Kantonen (allerdings vor über 10 Jahren) DERSELBE, *émoluments judiciaires*, 302 ff.

¹¹³ BGE 135 III 578 E. 6.

sichtlich unangemessen und halte vor dem verfassungsrechtlichen Äquivalenzprinzip nicht stand, so das Obergericht Zürich. Insb. aufgrund der Tatsache, dass die Stimmrechtssuspendierungsklage sämtlichen Aktionären offen stehen müsse (vgl. Art. 20 Abs. 4^{bis} BEHG), dürften die Gerichtskosten nicht so hoch festgesetzt werden, dass faktisch nur Grossaktionäre als Kläger in Frage kämen. Die Gerichtskosten seien deshalb von Fr. 800'000.-- auf Fr. 30'000.-- zu reduzieren.¹¹⁴ Letzterer Entscheid zeigt besonders exemplarisch das Auseinanderklaffen von Aufwand im Verhältnis zum Ertrag des einzelnen Klägers auf. Gerade in Streitigkeiten mit sehr hohen Streitwerten, in welchen dem einzelnen eine Kostenlast auferlegt wird, die er kaum alleine tragen kann, soll das Äquivalenzprinzip daher nicht restriktiv zum Tragen kommen, sondern den Zugang zur Justiz erleichtern. In diesem Sinne wird bereits an dieser Stelle für eine weitergehende und grundsätzliche Überprüfung der Gerichtskosten unter dem Aspekt des Äquivalenzprinzips votiert, um eine einzelfallgerechte Kostenhöhe zu ermöglichen.¹¹⁵

3. *Streitwertanpassung zur Verhinderung einer übermässigen Kostenfolge?*

Resultieren aufgrund eines hohen Streitwerts entsprechend hohe Prozesskosten, erscheint die Verlockung für ein Gericht gross, den Streitwert «künstlich» tief festzusetzen, um eine aus dem Tarif resultierende übermässige Kostenfolge zu verhindern. Denn zwar rechtfertigt es sich in gewissen Fällen, die Gerichtskosten unter Heranziehung des Äquivalenzprinzips dem tatsächlich verursachten Aufwand anzupassen, um

36

¹¹⁴ Beschluss des OGer des Kantons Zürich vom 9. September 2009, publiziert in ZR 108 (2009) Nr. 54. Bzgl. der Berechnung des Streitwerts einer aktienrechtlichen Klage vgl. hinten Rz 258.

¹¹⁵ Vgl. hierzu auch die Schlussfolgerungen aus der historischen und rechtsvergleichenden Betrachtung, hinten Rz 137 ff., insb. Rz 141 f.

so eine übermässige Gebührenlast zu verhindern.¹¹⁶ Das Äquivalenzprinzip gilt indes nur für staatliche Abgaben, kann daher nicht direkt bei der Festlegung der Parteientschädigung herangezogen werden. Dies hat zur Folge, dass eine allein anhand des Streitwerts berechnete Parteientschädigung übermässig und unverhältnismässig hoch werden kann, wenn sich der kantonale Entschädigungstarif nur am Streitwert mit gewissen Reduktions- und Erhöhungsmöglichkeiten orientiert. Leicht kann ein Gericht deshalb Gefahr laufen, den Streitwert tiefer halten zu wollen, als es die gesetzlichen Regeln und Rechtsprechung vorsehen würden, um den streitwertbasierenden Kostenrahmen tiefer und damit einzelfallgerechter ausgestalten zu können. Eine solche Handhabung ist abzulehnen. Denn den Streitwert im Einzelfall – vielleicht sogar entgegen klaren gesetzlichen Vorgaben – «gerecht» berechnen zu wollen, widerspricht der klaren Intention des Gesetzgebers, welcher das Ermessen des Gerichts in Bezug auf die Streitwertbestimmung eingegrenzt hat, und kann zu einer rechtsungleichen Behandlung gleicher oder ähnlicher Streitigkeiten führen. Gerade auch die historisch gewonnenen Erkenntnisse verbieten m.E. eine solche Anpassung bei der Festlegung des Streitwerts.¹¹⁷

- 37 Das einzelfallgerechte Ermessen bei der Korrektur zu hoher oder aber auch zu tiefer Prozesskosten muss vielmehr in Anwendung der kantonalen Tarifvorschriften auf der

¹¹⁶ Das Bundesgericht ist bei der Überprüfung der Prozesskosten auf Willkür zwar relativ zurückhaltend, legt aber den Ermessensspielraum, welchen die Gebührenverordnungen vorgeben, weit aus, wenn sie nicht ausdrücklich eine prozentmässige Reduktion vorsehen. So wurde im Urteil BGer 4A_237/2013 E. 3.3 § 4 Abs. 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts Zürich, welcher lediglich vorsieht, dass die Gebühr «unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falls ermässigt» werden kann, dahingehend ausgelegt, dass die Grundgebühr auf einen Zehntel reduziert werden kann. Damit misst das Bundesgericht dem Äquivalenzprinzip eine zentrale Rolle zu. Vgl. auch die zum gleichen Ergebnis führenden Schlussfolgerungen der historischen und rechtsvergleichenden Betrachtung, hinten Rz 141 f.

¹¹⁷ Vgl. insb. die Schlussfolgerung hinten Rz 141 f. Gl.M. RICKLI, Rz 51. Probleme stellen sich insb. bei regelmässig sehr hohen Streitwerten wie bspw. im Aktienrecht oder Immaterialgüterrecht, vgl. hinten Rz 253 ff. sowie Rz 269 ff. Ebenfalls zur Reduktion des Streitwerts verlocken gewisse mietrechtliche Streitigkeiten, wenn auf den noch entstehenden Schaden abzustellen ist bzw. die zukünftigen Mietaufschläge zu kapitalisieren sind, vgl. hinten Rz 244 ff.

Ebene der konkreten Festlegung der Prozesskosten ausgeübt werden, indem die streitwertbasierende Grundentschädigung den Umständen entsprechend reduziert bzw. erhöht wird.¹¹⁸ Hier sollte eine Beurteilung der Umstände, der Schwierigkeit sowie der Bedeutung des Falles vorgenommen werden und aus dem Streitwert resultierende übermässige oder zu unflexible Prozesskosten sind durch das Gericht zu korrigieren. Nach der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt denn auch analog dem Äquivalenzprinzip der Grundsatz, dass die Entschädigung des Anwalts stets in einem vernünftigen Verhältnis zu der von ihm erbrachten Leistung zu stehen hat.¹¹⁹ Dabei soll das Gericht nicht zwingend an das Minimum des Anwaltstarifrahmens gebunden sein, sondern darf – bei entsprechender Begründung – eine Parteient-schädigung weiter reduzieren, um diese in ein vernünftiges Verhältnis zum Aufwand des obsiegenden Rechtsvertreters zu setzen. Vorausgesetzt ist aber, dass das Gericht das Abweichen vom vorgegebenen Rahmen nachvollziehbar begründet und differen-ziert auf die festgelegte Entschädigung eingeht.

Entscheidendes Gewicht bei der Vornahme einer solchen Reduktion bzw. Erhöhung 38
der konkreten Prozesskosten durch das Gericht ist hauptsächlich der Höhe des Streitwerts beizumessen. So rechtfertigt es sich m.E. ohne weiteres, eine Parteient-schädigung bereits mit der Begründung zu reduzieren, dass der Streitwert übermässig hoch ist, bzw. *vice versa* bei sehr niedrigen Streitwerten entsprechend zu erhöhen.¹²⁰ Mit dieser Vorgehensweise kann der systemimmanenten, bloss geringen Berücksichti-

¹¹⁸ Ähnlich etwa BK ZPO-STERCHI, Vorbem. zu Art. 91–94 N 2; Botschaft ZPO, 7290. Dieses Problem tritt v.a. auch im Bereich periodischer Leistungen (insb. Mietrecht) auf. Diesbezüglich haben einige Kantone bemerkenswerterweise Regelungen in den Gebührenordnungen erlassen, welche ausdrücklich eine zusätzliche Reduktionsmöglichkeit der Prozesskosten für den Fall wiederkehrender Leistungen vorsehen (vgl. mp 2002, S. 230 ff.). Solche Regelungen gehen in die richtige Richtung und sind m.E. zu begrüßen.

¹¹⁹ BGE 93 I 116 E. 5a, bestätigt in BGE 117 Ia 22 E. 4. Ebenfalls AGVE 1999 Nr. 19 S. 75 ff. m.w.H.; 2003 Nr. 15 S. 62.

¹²⁰ Ebenso AGVE 2003 Nr. 15 S. 62; 1994 Nr. 37 S. 112 insb. E. 1b.

gungsmöglichkeit des Aufwands oder der ausserordentlichen Umstände¹²¹ entgegenwirkt und ein einzelfallgerechtes Resultat erzielt werden, ohne von den relevanten Grundsätzen der Streitwertberechnung abweichen zu müssen. Zu begrüssen sind auch kostenrechtliche Spezialvorschriften, welche für gewisse Fälle¹²² keine streitwertabhängigen Prozesskosten vorsehen, sondern die Kostenfolge vom Streitwert losgelöst berechnen.

4. Weitere Schranken bei der Prozesskostenfestlegung

- 39 Gerichtsgebühren zählen zu den Kausalabgaben, deren Erhebung zumindest dem Grundsatz nach in einem Gesetz im formellen Sinn festgeschrieben sein muss.¹²³ Dem Gesetzmässigkeitsprinzip (Legalitätsprinzip) ist dabei Genüge getan, wenn die Gebührentarife bloss auf Verordnungsstufe geregelt sind.¹²⁴ Diesem Erfordernis kommen die Kantone vollumfänglich nach. Selbst wenn das Legalitätsprinzip verletzt würde, dürfte dem Umstand im Einzelfall nicht durch tiefere Kosten Rechnung getragen werden, sondern der Missstand wäre mittels Gesetzesänderung zu beheben. Bei der Bemessung der Prozesskostenhöhe ist das Legalitätsprinzip somit kaum von Bedeutung.

5. Nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten

- 40 Weil bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten naturgemäss keine Orientierung der Kosten am (fehlenden) Streitwert möglich ist,¹²⁵ sind die Kantone in diesen Fällen grundsätzlich frei in der Ausgestaltung ihrer Tarife.¹²⁶ Neben einer Bandbreite mit Höchst- und Tiefstsätzen können die Kantone auch auf den Zeitaufwand oder auf das

¹²¹ Vgl. dazu hinten Rz 117 ff. Regelmässig sehen die Anwaltstarifordnungen eine solche Anpassungsmöglichkeit unter dem Titel «ausserordentliche Zu- oder Abschläge» bzw. «ausserordentliche oder geringe Aufwendungen» in einem begrenzten Rahmen vor (vgl. etwa § 7 des aargauischen Anwaltstarifs).

¹²² V.a. in Streitigkeiten, welche aus sozialpolitischen Überlegungen einen erleichterten Zugang zum Gericht vorsehen, wie bspw. im Mietrecht, vgl. hinten Rz 244 f., insb. Rz 246.

¹²³ BGE 122 I 279 E. 6a; STERCHI, 12; WURZBURGER, émoluments judiciaires, 300 f.

¹²⁴ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Kap. 8 Rz 26; ebenfalls Bericht VE ZPO, 51.

¹²⁵ Vgl. vorne Rz 17.

¹²⁶ Statt vieler ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, Art. 96 N 14.

Einkommen und Vermögen der Parteien als Richtwert abstellen.¹²⁷ Jedenfalls besteht bei der Kostenverlegung unabhängig vom Streitwert stets ein erheblicher Ermessensspielraum des Gerichts, da die Tarifordnungen in der Regel einen sehr weiten Rahmen vorsehen. Diesem Umstand wird dadurch Rechnung getragen, dass die Minima und Maxima regelmässig tiefer ausfallen als die Sätze bei Verfahren mit einem Streitwert.¹²⁸

6. *Gebührentarif des Bundesgerichts*

Während die meisten kantonalen Gerichtsgebührenordnungen von einer genauen, 41 vom Streitwert prozentmässig abhängigen Gebühr ausgehen, wovon einzelfallspezifisch nach oben bzw. unten abgewichen werden kann, räumt der GebT BGer dem Bundesgericht einen enorm weiten Ermessensspielraum ein: Bei einem Streitwert bis zu Fr. 10'000.-- wird eine Minimalgebühr von Fr. 200–5'000.-- fällig, bei einem Streitwert von über Fr. 10 Mio. beträgt die Spanne bereits zwischen Fr. 2'000–100'000.-- (Art. 1 GebT BGer). Doch selbst an diesen grosszügig eingeräumten Spielraum ist das Gericht nicht gebunden; der Gebührentarif stellt lediglich eine Richtlinie dar, welche sich das Bundesgericht selbst gegeben hat (Ziff. 1 GebT BGer). Einen ähnlich grossen Spielraum hat das Bundesgericht bei der Zusprechung der Parteientschädigungen.¹²⁹ Der Beschwerdeführer sieht sich deshalb im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren mit einem nur schwierig abschätzbaren Kostenrisiko konfrontiert. So lassen bundesgerichtliche Urteile denn auch regelmässig eigene kostenrechtliche Überlegungen vermissen. Dieses Vorgehen lässt sich m.E. mit der grundsätzlichen Wahl eines streitwertbasierenden Gebührensystems nur schwer vereinbaren. Ein zumindest ansatzweises Begründen der festgesetzten Prozesskosten wäre daher begrüssenswert.

¹²⁷ Vgl. insb. Art. 65 Abs. 2 BGG. Ebenso bspw. § 3 Abs. 1 GebT BL; § 2 Abs. 5 GebV BS; Art. 4 Abs. 2 Gerichtskostenverordnung SG; § 3 Abs. 1 GebT SO; § 5 Abs. 1 GebV ZH.

¹²⁸ Vgl. nur Art. 65 Abs. 3 BGG, welcher für Streitigkeiten ohne Vermögensinteresse einen Rahmen von Fr. 200–5'000.-- (lit. a), für die übrigen Streitigkeiten hingegen Fr. 200–100'000.-- (lit. b) vorsieht. Zum Ganzen STERCHI, 17.

¹²⁹ Vgl. Art. 4 des Parteientschädigungsreglements des BGer (SR 173.110).

7. *Zwischenfazit zur streitwertabhängigen Prozesskostenausgestaltung*

- 42 Freilich verbleibt auch nach Berücksichtigung der genannten Kriterien, welche es bei der Festlegung der konkreten Höhe der Prozesskosten innerhalb der zur Verfügung stehenden Bandbreite zu beachten gilt, dem Gericht ein erheblicher Ermessensspielraum, was den Parteien eine umsichtige Planung der Prozessführung in dieser Hinsicht erschwert. In diesem gewissermassen willkürlichen Element ist jedoch nicht nur Negatives zu sehen. Denn durch den grossen Spielraum kann das Gericht den Umständen des Einzelfalles am besten Rechnung tragen, was stossende Konsequenzen bei allzu starrem Befolgen von vorgeschriebenen Tarifen verhindert. Insb. wenn der berechnete Streitwert eine übermässig hohe Grundentschädigung für Gerichts- und Parteikosten ergibt, ist die Kostenfolge durch das richterliche Ermessen zu mildern.
- 43 Nach dem Gesagten stellt sich allerdings die Frage, ob allenfalls alternative Möglichkeiten zur Ausgestaltung der Prozesskosten zur Verfügung stünden. Gerade aufgrund der teilweise nicht zu unterschätzenden Kosten in einem Gerichtsverfahren kann das Abstellen auf den Streitwert als Grundlage der Kostenberechnung u.U. als zu unflexibel und damit sachfremd erscheinen. Den Besonderheiten und der Gesamtwürdigung eines streitwertbasierenden Systems soll deshalb ein eigener Abschnitt gewidmet sein.¹³⁰

IV. Weitere Funktionen

- 44 Neben den genannten drei hauptsächlichen Anknüpfungspunkten zeitigt der Streitwert auch weitere Auswirkungen. So ist insb. die Verfahrensart ebenfalls vom Streitwert (teilweise bezeichnet als sog. Verfahrensstreitwert)¹³¹ abhängig. Für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.-- kommt nach

¹³⁰ Vgl. dazu ausführlich hinten Rz 112 ff.

¹³¹ So etwa ZÜRCHER, Streitwert, 494.

Art. 243 Abs. 1 ZPO grundsätzlich das vereinfachte Verfahren zur Anwendung.¹³² Als Charakteristika sieht dieses Verfahren u.a. vorherrschend Mündlichkeit (Art. 245 Abs. 1 ZPO), keine Notwendigkeit einer Begründung der Klage (Art. 244 Abs. 2 ZPO), verstärkte Mitwirkung des Gerichts, insb. durch verstärkte gerichtliche Fragepflicht, und zum Teil Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes (vgl. Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO) sowie weitere Vereinfachungen vor.¹³³ Obwohl unter dem Titel des vereinfachten Verfahrens für die Streitwertberechnung kein expliziter Verweis auf die Art. 91 ff. ZPO zu finden ist, wie dies Art. 4 Abs. 2 ZPO bzgl. der sachlichen Zuständigkeit vorsieht, muss aufgrund der systematischen Stellung von Art. 91 ff. ZPO für die Bestimmung des Verfahrensstreitwerts ebenfalls auf diese Regeln zurückgegriffen werden.¹³⁴

In Bezug auf die Kostenfolgen gewisser Verfahren hält Art. 113 Abs. 1 ZPO fest, dass im Schlichtungsverfahren allgemein keine Parteientschädigung gesprochen wird. Ausserdem sieht Art. 113 Abs. 2 ZPO für den sozialen Zivilprozess¹³⁵ ein kostenloses Verfahren vor. Dies gilt grundsätzlich unabhängig vom Streitwert mit Ausnahme von Art. 113 Abs. 2 lit. d ZPO betreffend Schlichtungsverfahren bzw. Art. 114 lit. c ZPO betreffend Entscheidungsverfahren von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten. Diesbezüglich sind nur Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.-- von der Kostenauflegung bzw. Parteientschädigung ausgeschlossen. Ausserdem findet bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.-- sowohl in arbeitsrechtlichen wie auch in mietrechtlichen Streitigkeiten jeweils die Untersuchungsmaxime Anwendung (Art. 247 Abs. 2 lit. b ZPO).¹³⁶ Der Kostenlosigkeit sozialer Zivilprozesse liegt der Gedanke zugrunde, dass die Kostenfol-

45

¹³² Bei einem Streitwert von exakt Fr. 30'000.-- kommt ebenfalls das vereinfachte Verfahren zur Anwendung, vgl. RICKLI, Rz 33, mit Verweis auf den französischen und italienischen Wortlaut sowie auf die Literatur und Rechtsprechung zur Streitwertgrenze des ehemaligen Art. 343 Abs. 2 OR.

¹³³ Zum vereinfachten Verfahren im Allgemeinen: KUKO ZPO-FRAEFEL, Art. 243 N 1 ff.; ZK ZPO-HAUCK, Vorbem. Art. 243 N 4 f. sowie Art. 243 N 1 ff.

¹³⁴ Im Ergebnis gleich, allerdings als Versehen des Gesetzgebers beurteilend, ZK ZPO-HAUCK, Art. 243 N 10.

¹³⁵ Vgl. Botschaft ZPO, 7299 f.

¹³⁶ Zum Verfahren in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten sowie insb. zum Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime vgl. ZK ZPO-HAUCK, Art. 247 N 29.

ge die «schwächere» Partei nicht von einer Klage abhalten soll. Zu begrüssen ist allerdings die Regelung, dass nur im Schlichtungsverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen werden kann. Denn das Fehlen einer Möglichkeit, der obsiegenden Partei eine Entschädigung zuzusprechen, wie dies in einigen Kantonen früher für weitere Verfahrensabschnitte der Fall war, geht von der Annahme aus, dass die «schwächere» Partei unterliegen wird und benachteiligt sie folglich im Falle des Ob-siegens.¹³⁷

D. Einheitliche Streitwertfestlegung?

- 46 Da Art. 91 ff. ZPO keine terminologische Unterscheidung zwischen den verschiedenen Funktionen des Streitwerts vornehmen, sondern nur von «dem Streitwert» sprechen, ist der Streitwert grundsätzlich einheitlich nach den gleichen Regeln zu bestimmen, d.h. unabhängig von seiner Funktion als Zuständigkeits-, Verfahrens-, Rechtsmittel- oder Gebührenstreitwert.¹³⁸ Das schliesst jedoch nicht aus, dass sich die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit, des Kostenvorschusses und der Verfahrensart an einem bloss provisorischen Streitwert orientiert und der Gebühren- sowie Rechtsmittelstreitwert erst am Ende des Verfahrens anhand eines definitiven Streitwerts festgelegt wird.¹³⁹ Nicht identisch ist demnach der Zeitpunkt, in welchem die jeweilige Streitwertart bestimmt wird. Ausserdem existieren verschiedene Spezialvorschriften, welche faktisch zu einer unterschiedlichen Berechnung je nach Streitwert führen. So normiert die ZPO ausdrücklich Spezialvorschriften für den Gebührenstreitwert in Art. 94 Abs. 2 ZPO, für den Verfahrensstreitwert in Art. 93 Abs. 2 ZPO sowie für den Rechtsmittelstreitwert in Art. 308 Abs. 2 ZPO.¹⁴⁰ Während sich bei der *Berechnung* des Streitwerts je nach Streitwertart somit gewisse Unterschiede ergeben können, hat die

¹³⁷ Ebenfalls mit Kritik an einer solchen Regelung OBERHAMMER, 166 (bzgl. der österreichischen Regelung im arbeitsrechtlichen Verfahren).

¹³⁸ Statt vieler, insb. unter Verwendung derselben Terminologie, BAUMANN, 283.

¹³⁹ Dazu ausführlich hinten Rz 210 ff.

¹⁴⁰ Auch im deutschen Recht ergeben sich im Übrigen gesonderte Streitwertvorschriften je nach Streitwertart, vgl. dazu Stein/Jonas-ROTH, § 2 N 48 m.w.H.; MüKomm-WöSTMANN, § 2 N 2; DÖRNDORFER, Rz 140 ff.

Bemessung des Streitwerts, d.h. die Bestimmung der Höhe des Streitwerts eines nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautenden Rechtsbegehrens, stets nach einheitlichen Kriterien zu erfolgen.¹⁴¹ Die Bewertung des Streitobjekts geschieht folglich einheitlich und unabhängig von der jeweiligen Streitwertart.¹⁴²

Eine mögliche unterschiedliche Berechnung hinsichtlich einer Streitwertart zeigt sich exemplarisch beim Berechnen des Rechtsmittelstreitwerts. Dieser ist erst ganz am Ende des erstinstanzlichen Verfahrens bzw. zu Beginn des Rechtsmittelverfahrens von Relevanz, weshalb er auf einer anderen Grundlage beruht als die bei Klageeinleitung festzusetzenden Streitwertarten.¹⁴³ Die Spezialvorschrift von Art. 308 Abs. 2 ZPO sieht denn auch abweichend zu Art. 91 Abs. 1 ZPO vor, dass der Streitwert nicht durch das Rechtsbegehren bestimmt wird, sondern anhand der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren. Analoges wird in Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG für die Beschwerdemöglichkeit ans Bundesgericht festgehalten. Mithin hat – anders als beim Gebührenstreitwert, welcher ebenfalls kurz vor Urteilsfällung definitiv bestimmt wird – ein teilweiser Klagerückzug, eine teilweise Klageanerkennung oder eine allfällige Klageänderung einen Einfluss auf die Berechnung des Rechtsmittelstreitwerts.¹⁴⁴ Bei der Berechnung des Rechtsmittelstreitwerts sind somit Umstände zu berücksichtigen, welche bei den anderen Streitwertarten zu keiner Anpassung führen.

Im Einzelnen können die vorgesehenen Spezialvorschriften zu etwas sonderbaren Auswirkungen führen, indem vor Rechtsmittelinstanz zwei unterschiedliche Streitwerte errechnet werden. Dringt der Kläger vor erster Instanz z.B. vollumfänglich mit

¹⁴¹ So auch die allgemein herrschende Auffassung, vgl. statt vieler BAUMANN, 281 m.w.H.

¹⁴² Zu kritisieren ist daher der Entscheid des Bundespatentgerichts vom 28. Oktober 2013, 02013_004, in welchem für die Festlegung der Parteientschädigung anhand der übereinstimmenden Willen der Parteien auf einen Gebührenstreitwert von Fr. 1 Mio. abgestellt wurde. Da dieser Streitwert jedoch offensichtlich falsch sei, nahm das Gericht für die Bemessung der Gerichtsgebühr einen (anderen) Gebührenstreitwert von Fr. 4 Mio. an.

¹⁴³ Ausführlich zum Ganzen hinten Rz 199 ff. Vgl. auch SCHULLER, 21 ff., welcher für den Zeitpunkt der Streitwertberechnung drei Kategorien aufstellt, wobei die ersten beiden der gleichen Berechnungsart unterliegen.

¹⁴⁴ Dazu hinten Rz 201.

Fr. 12'000.-- durch und ficht der Beklagte in der Folge davon nur Fr. 3'000.-- vor Obergericht an, beträgt der Rechtsmittelstreitwert zwar Fr. 12'000.--, der Gebührenstreitwert vor Obergericht dagegen nur Fr. 3'000.--.¹⁴⁵ Bei den unterschiedlichen Berechnungsweisen des Streitwerts ergeben sich somit vereinzelte, grössere oder kleinere Differenzen. Damit drängt sich die Frage auf, ob und allenfalls wie eine Anpassung der Streitwertnormen zur Verhinderung dieser Vermischung der verschiedenen Streitwertarten ausgestaltet werden könnte.¹⁴⁶

E. Streitwert und Prozesskostenverteilung

- 49 Ebenfalls eine entscheidende Bedeutung spielt der Streitwert bei der Verteilung der Prozesskosten auf die Parteien, wobei diese Thematik klar von der Festlegung der Prozesskostenhöhe abzugrenzen ist. Grundsätzlich werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In der Regel ist der gleiche Schlüssel sowohl für die Verteilung der Gerichtskosten wie auch der Parteientschädigung anzuwenden. Lediglich in Einzelfällen, insb. wenn sich die Klägerin mit gutem Recht zur Klage veranlasst sehen musste, kann es sich rechtfertigen, der Klägerin lediglich die Gerichtskosten zu auferlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen.¹⁴⁷ Abgesehen von der in Art. 107 ZPO vorgesehenen Verteilungsmöglichkeit nach Ermessen werden die Prozesskosten gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt, sofern keine Partei vollständig obsiegt bzw. unterliegt. Die Verteilung der Prozesskosten basiert auf dem Erfolgsprinzip, wonach die Vermutung gilt, dass die unterliegende Partei die Kosten verursacht hat.¹⁴⁸ Der Grad des Obsiegens beurteilt sich bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten grundsätzlich nach dem Verhältnis zwischen dem im Rechtsbegehren gestellten Antrag und dem schliess-

¹⁴⁵ Zum Streitwert im Rechtsmittelverfahren vgl. insb. hinten Rz 205.

¹⁴⁶ Vgl. dazu die Ausführungen hinten Rz 107.

¹⁴⁷ Vgl. ZÜRCHER, Einzelrichter, 287.

¹⁴⁸ Bühler/Edelmann/Killer-BÜHLER, § 112 N 2 m.w.H.; ZK ZPO-JENNY, Art. 106 N 2 mit Verweis auf BGE 119 Ia 1; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 106 N 4 mit einem Berechnungsbeispiel. Für einen Vergleich einiger kantonaler Prozessordnungen vgl. STERCHI, 20 f. Zur sog. *loser pays rule* des streitwertbasierenden Systems vgl. hinten Rz 115.

lich zugesprochenen Betrag.¹⁴⁹ Massgebend für die Verteilung ist somit in der Regel der prozentuale Anteil des Obsiegens bzw. Unterliegens am massgebenden Streitwert des Verfahrens, da sämtliche gestellten Anträge für eine Gesamtbeurteilung miteinzubeziehen sind. Spricht das Gericht demnach einem Kläger von seinen eingeklagten Fr. 100'000.-- nur Fr. 50'000.-- zu, obsiegt er bloss zu 50 %, weshalb die Gerichtskosten hälftig zu teilen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen sind.¹⁵⁰

Das alleinige und starre Festhalten am zugesprochenen Betrag im Verhältnis zur eingeklagten Forderung für das Verteilen der Prozesskosten hat m.E. gewissen Einschränkungen zu unterliegen resp. bedarf einer gewissen Relativierung. So kann nicht nur auf das Verhältnis zwischen Obsiegen und Unterliegen am relevanten Streitwert abgestellt werden, sondern es ist der Prozessausgang in seiner Gesamtheit zu betrachten.¹⁵¹ Denn Art. 106 Abs. 2 ZPO spricht nicht direkt vom Streitwert als massgebendes Kriterium für das Bestimmen des Verhältnisses zwischen Obsiegen und Unterliegen; entscheidend soll vielmehr der Ausgang des Verfahrens sein. Ein starres Festhalten an der Verteilung nach dem zugesprochenen Betrag im Verhältnis zum Streitwert würde der Vielschichtigkeit eines Prozesses zu wenig gerecht werden. Die Gewichtung einzelner Rechtsbegehren kann daher unterschiedlich sein. So ist bspw. neben der Höhe der Forderung, welche in gewissen Fällen dem richterlichen Ermessen (Art. 42 Abs. 2 OR) unterstellt ist, dem Entscheid, dass eine Partei eines unbestimmten Forderungsprozesses grundsätzlich für einen Schaden haftet, mehr Bedeutung beizumessen als dem letztlich zu leistenden Betrag.¹⁵² Auch das Verhältnis zwischen einem Unterlassungsbegehren und einem gleichzeitig geltend gemachten Schadenersatzbegehren gilt es sorgfältig zu gewichten. So ist bspw. gerade im Wettbewerbsrecht ein Verbot von eminenter Bedeutung und ein Schadenersatzanspruch lässt sich nur schwer durchset-

50

¹⁴⁹ Statt vieler SHK BGG-SEILER, Art. 66 N 21; ZK ZPO-JENNY, Art. 106 N 9.

¹⁵⁰ Für eine tabellarische Übersicht bei unterschiedlichem Verhältnis zwischen Obsiegen und Unterliegen vgl. FISCHER, 169.

¹⁵¹ Ähnlich zum deutschen Recht BREYER, 121.

¹⁵² Brunner/Gasser/Schwander-URWYLER, Art. 106 N 5. In diese Richtung zielt auch Art. 107 Abs. 2 lit. a ZPO.

zen. Dem Durchdringen mit dem Unterlassungsanspruch kann daher mit gutem Grund mehr Gewicht beigemessen werden als einem allfälligen Unterliegen im Schadenersatzbegehren. Freilich wird diese Gewichtung bereits bei der Streitwertbemessung vorgenommen,¹⁵³ weshalb ein Abweichen vom Verhältnis Obsiegen zu Unterliegen die Ausnahme darstellt. Überdies ist zu bedenken, dass ein alleiniges Abstellen auf den Streitwert nicht immer das prozentuale Verhältnis in seiner Gesamtheit ausdrückt, da nicht sämtliche Begehren streitwertrelevant sind. Falls ein Begehren, welches zwar keinen eigenen Streitwert aufweist – als Beispiel sei hier der Antrag auf Androhung der Ungehorsamsstrafe gegen amtliche Verfügungen i.S.v. Art. 292 StGB genannt –, im Prozess aber trotzdem von einiger Bedeutung ist,¹⁵⁴ kann dies ein Grund für eine Abweichung vom Prinzip der Verteilung der Prozesskosten nach dem Verhältnis des Obsiegens am relevanten Streitwert sein. Zu beurteilen ist diesfalls das Verteilungsverhältnis anhand einer vom Streitwert unabhängigen Gesamtbetrachtung, mithin wer im Kern mit seinem bzw. seinen Begehren durchdringt.¹⁵⁵ Ein Rückgriff auf Art. 107 Abs. 1 ZPO ist in einem solchen Fall m.E. nicht nötig.

¹⁵³ Zu den Unterlassungsbegehren vgl. hinten Rz 247 ff.

¹⁵⁴ Vgl. dazu bspw. den Teilentscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2005.69 Erw. 6.3, in welchem der Antrag auf erneute Verpflichtung zur Rechnungslegung unter Androhung der Ungehorsamsstrafe zu beurteilen war, nachdem diese im Rahmen der ersten Stufe einer Stufenklage verweigert worden war.

¹⁵⁵ Vgl. ZÜRCHER, Einzelrichter, 286.

TEIL 2: HISTORISCHE UND SYSTEMVERGLEICHENDE BETRACHTUNG

§ 3 Historische Bedeutung des Streitwerts

Bereits ohne vertiefte Kenntnisse über die Bedeutung des Streitwerts im historischen Kontext lässt sich feststellen, dass der Streitwert insb. die Funktion zu haben scheint, «wichtige» Verfahren von weniger wichtigen abzugrenzen. Es geht darum, nicht jeder beliebigen Streitsache den gesamten Instanzenzug mit voller Überprüfungsbefugnis zu garantieren und damit als zu wenig relevant erachtete Verfahren, verbunden mit einer übermässigen Belastung des Gerichtsapparats, zu vermeiden. Das streitwertbasierende System geht also von der Prämisse aus, dass je mehr der Streitwert beträgt, desto wichtiger ein Prozess als solcher ist. Dies zeigt sich als Konsequenz z.B. darin, dass eine Klage mit einem hohen Streitwert von einem Gesamtgericht, d.h. von mehreren Richtern, zu beurteilen ist, wohingegen eine Klage mit einem tiefen Streitwert ohne weiteres durch den Einzelrichter – regelmässig in einem vereinfachten Verfahren – erledigt werden kann. Ausserdem ist die Weiterzugsmöglichkeit bzw. die Kognition im Rechtsmittelverfahren von Streitigkeiten mit tiefen Streitwerten stets eingeschränkt; dies im Gegensatz zu «wichtigen» Prozessen, welche uneingeschränkt mehrere Instanzen durchlaufen können. Mithin ist der Streitwert ein Indikator für die Wichtigkeit eines Prozesses, wobei sich die Wichtigkeit in diesem Kontext sowohl aus Sicht der Parteien als auch aus Sicht des Gesetzgebers ergibt. Die Kernfrage, welcher nachzugehen ist, lautet daher: Weshalb hat man gerade den Streitwert als massgebendes Anknüpfungskriterium für die Gewichtung eines Prozesses gewählt? Woher kommt dieser «Indikator», hat man bereits seit den Anfängen des Zivilprozessrechts darauf abgestellt und gibt es allfällige Alternativen?

Um das streitwertbasierende System besser begreifen zu können, soll in einem ersten Schritt chronologisch die historische Bedeutung des Streitwerts betrachtet werden.¹⁵⁶ Insb. ist zu untersuchen, wie sich diese im Laufe der Zeit entwickelt hat und welchen

¹⁵⁶ Hinten Rz 53 ff.

Änderungen der Streitwert durch die verschiedenen Prozessgesetze unterworfen war. Bereits vorwegzunehmen ist, dass nur wenige Quellen zum Streitwert existieren und sich ein vertieftes Auseinandersetzen damit entsprechend schwierig gestaltet. Dennoch können einzelne in Bezug auf den Streitwert interessante Aspekte aufgezeigt werden. Nach dieser historischen Betrachtung wird der Streitwert in der Schiedsgerichtsbarkeit kurz umrissen, um dessen heutige Bedeutung ausserhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit aufzuzeigen.¹⁵⁷ In einem dritten Abschnitt werden Anpassungsmöglichkeiten der Streitwertvorschriften betrachtet.¹⁵⁸ Hier sollen Probleme der heutigen Streitwertvorschriften und allfällige Verbesserungsmöglichkeiten erörtert werden, um einen Blick auf mögliche zukünftige Entwicklungen der Vorschriften zu werfen. Der vierte Abschnitt befasst sich mit alternativen Systemen, welchen andere Anknüpfungskriterien als der Streitwert zu Grunde liegen.¹⁵⁹ Hierzu wird auch ein Blick auf ausgewählte ausländische Rechtsordnungen geworfen. Schliesslich sollen aus den gewonnenen Erkenntnissen Schlussfolgerungen für die zentralen Grundsätze der Streitwertbestimmung gezogen werden.¹⁶⁰

A. Der Streitwert im römischen Recht

- 53 Bereits im römischen Recht legte man eine für die Zivilbevölkerung verbindliche Rechtsordnung fest, die eine allgemeine Rechtssicherheit schaffen sollte. Die die Nachwelt wohl am meisten prägende Rechtssammlung ist jene des römischen Kaisers Justinian.¹⁶¹ Er liess das klassische Recht der bedeutendsten römischen Juristen sammeln, sichten und neu ordnen. Die Kodifikation von Justinian bildete Grundlage der meisten europäischen Zivilrechtsordnungen (nur England und Skandinavien ver-

¹⁵⁷ Hinten Rz 85 ff.

¹⁵⁸ Hinten Rz 93 ff.

¹⁵⁹ Hinten Rz 110 ff.

¹⁶⁰ Hinten Rz 137 ff.

¹⁶¹ Sog. Codex Iustinianus, anno 529 n. Chr. Die Digesten erschienen anno 533 n. Chr. Zum Ganzen SENN, 28; HRG-MANTHE, Bd. 1, 902 ff.

schlossen sich der Aufnahme)¹⁶² sowie des im Jahre 1583 erstmals unter der Bezeichnung *Corpus Iuris Civilis* editierten römischen Rechts der Rechtswissenschaften.¹⁶³ Der *Corpus Iuris Civilis* beschäftigte sich jedoch hauptsächlich mit dem Privatrecht als solchem. Die Kenntnisse zur Entwicklung des Zivilprozessrechts sind folglich wesentlich unsicherer und lückenhafter als diejenigen zum Privatrecht. Ein Grossteil der prozessrechtlichen Regelungen sind im *Corpus Iuris Civilis* nur deshalb erhalten geblieben, weil sie zugleich Aussagen zum Privatrecht enthalten und deshalb bewahrt werden sollten.¹⁶⁴

Als erste Verfahrensordnung des altbäuerlichen *ius civile*, welches von römischen Bürgern geschaffen wurde, gilt das Recht der *leges actiones*.¹⁶⁵ Die ältesten unter diesen Verfahrenstypen wurden in der urtümlichen gerichtlichen Praxis gestaltet und in einzelnen wesentlichen Punkten auf den zwölf Tafeln festgehalten.¹⁶⁶ Die strengen Wortformen und Riten der altzivilen Ordnung entwickelten sich in der Praxis allmählich zu einer neuen Verfahrensordnung. Ab dem dritten Jahrhundert v. Chr. kamen in zivilprozessualer Hinsicht die römischen Formularprozesse auf.¹⁶⁷ Die als gefährlich und lästig erachteten Spruchformeln wurden preisgegeben und durch «Prozessformeln» ersetzt. Zudem erfolgte eine Zerteilung des Verfahrens: Der Kläger hatte den Beklagten selbst vor den Prätor zu bringen. Dieser sammelte die Argumente in einer Gerichtsprozedur und gewährte oder verneinte nach Überprüfung der Prozessvoraussetzungen¹⁶⁸ das Streitverfahren (*in iure*). Bei einer Gewährung des Verfahrens übermittelte er den Prozessstoff einem oder mehreren Geschworenen, d.h. einem gewähl-

¹⁶² HRG-MANTHE, Bd. 1, 906.

¹⁶³ SENN, 28.

¹⁶⁴ KASER, 12 f.

¹⁶⁵ Ausführlich zum Legisaktionenverfahren BETHMANN-HOLLWEG, Band 1, 33; KASER, 25 ff.

¹⁶⁶ KASER, 4.

¹⁶⁷ ZINGG, 6; KASER, 4. Zum Formularprozess im Allgemeinen, KASER, 151 ff. Ebenfalls ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 4 N 5 ff.

¹⁶⁸ Diese sind mit den heutigen Voraussetzungen nicht identisch, doch zumindest vergleichbar. Zu einer Aufzählung sowie zum Urteilsspielraum des Prätors unter dem Aspekt der *denegatio* (Verneinung des Rechtswegs) vgl. SCHOTT, 24 ff.

ten Spruchgericht, welches die Beweise abnahm und ein Urteil fällte (*in iudicio*). Ihr Urteil nahm unbedingte Anerkennung in Anspruch und war endgültig; ein höchstes Tribunal, welches über die Ordnung und Einheit der Rechtspflege gewacht hätte, existierte nicht.¹⁶⁹ Im Verlaufe des dritten Jahrhunderts n. Chr. bildete sich der Formularprozess rasch zurück. Es wurde eine neue Prozedur, die *extraordinaria cognitio*, eingeführt, welche auf die Bindung an die festen Regeln, die dem Formularprozess eigentümlich sind, verzichtete.¹⁷⁰ Die Parteien brachten den Streit direkt vor den Richter.

- 55 Da die (verkleinerten) Provinzen zwar noch immer über eine eigenständige Jurisdiktion verfügten, das Reich unter Kaiser Augustus aber vermehrt zentralistisch geführt wurde, schufen die Präфекten zu Beginn des zweiten Jahrhunderts n. Chr. erstmals in der Geschichte kaiserliche Appellationsgerichte.¹⁷¹ Die Urteile der unteren Richter waren in der Folge an eine übergeordnete Instanz weiterziehbar. Der Streitwert hatte ganz zu Beginn des früheren römischen Rechts allerdings noch keinen Einfluss. Denn trotz vermehrtem Aufkommen der Appellationsgerichte konnte zu Beginn eine Streitigkeit unabhängig vom im Streit stehenden Betrag mittels einer *appellatio* bis zum Kaiser weitergezogen werden. Dieser urteilte dabei nicht selbst über sämtliche Fälle, sondern delegierte diese Kompetenz an seine Richter.¹⁷² Doch die Rechtssachen müssen sich schon früh beim Gericht des Kaisers gehäuft haben, weshalb man bald die Weiterzugsmöglichkeit anhand einer Appellationssumme beschränkte.¹⁷³ So stellte Justinian folgende Regel auf: «Wenn das Objekt nicht über zehn Pfund Gold beträgt, so soll ein Richter aus dem Stande der illustres, bis zu zwanzig Pfund Gold sollen zwei Richter dieses Standes, mit dem Quaestor s. palatii als Obmann, delegiert, und nur die

¹⁶⁹ BETHMANN-HOLLWEG, Prozess, 8 f.; KASER, 172 ff., insb. auch 347 ff.

¹⁷⁰ KASER, 5.

¹⁷¹ KASER, 502; BETHMANN-HOLLWEG, Prozess, 29.

¹⁷² BETHMANN-HOLLWEG, Prozess, 10; PFEIFFER, 216 mit Hinweis auf Kap. I 20. *de appellat*: «*Et in maioribus et in minoribus negotiis appellandi facultas est*» sowie Kap. II 10. *de appellat*: «*De appellationibus pro causis minimis interpositis volumus, retinere, quod eis, pro quacunque levi causa fiant, non minus est, quam si pro maioribus fierent, deferendum*».

¹⁷³ BETHMANN-HOLLWEG, Prozess, 99 mit Hinweis auf Kap. I 10 *de appellat*.

grösseren Sachen im kaiserlichen Gericht selbst verhandelt werden.»¹⁷⁴ Mit dieser Vorschrift war von Kaiser Justinian der Grundstein für den Aufbau eines Appellationsystems erstmals basierend auf dem Streitwert gelegt. Der Streitwert diente somit neben anderen Massnahmen der Einschränkung der Appellationsmöglichkeit lediglich geringfügig erachteter Forderungen. Im Laufe der Zeit erfolgten zahlreiche Übernahmen dieses Appellationssystems. In Prozessen vor dem päpstlichen Gericht (nach kanonischem Recht), welche grundsätzlich zwar ebenfalls gewisse Streitwerterfordernisse für einen Weiterzug vorsehen konnten, erreichte der Streitwert hingegen nie dieselbe prominente Bedeutung.¹⁷⁵

Neben dem Vorsehen eines Streitwerterfordernisses waren dem römischen Recht 56 noch weitere Massnahmen gegen missbräuchliches Prozessieren bekannt. So schrieb es für das erstinstanzliche Verfahren *sponsionae* vor, welche die Parteien bei der *condictio certae pecuniae* zu leisten hatten: Einerseits musste der Beklagte dem Kläger eine *sponsio tertiae partis*, d.h. einen Strafzuschlag in der Höhe eines Drittels der Klagesumme für den Fall seines Unterliegens, versprechen. Auf der anderen Seite musste der Kläger dem Beklagten die *restipulatio*, die Bezahlung der gleichen Summe für den Fall seines Unterliegens, versprechen.¹⁷⁶ Um eine leichtfertige Appellation an die nächste Instanz zu verhindern, sahen die Römer – soweit darüber etwas bekannt ist – eine interessante, allerdings sehr umstrittene Möglichkeit vor. Mit der *revocatio in duplum* konnte der zur Zahlung verurteilte Beklagte die Nichtigkeit eines Urteils wegen Formmangels oder aus sachlichen Gründen geltend machen, wenn er dafür die Gefahr des *duplum*, d.h. der Bezahlung des Doppelten, auf sich nahm.¹⁷⁷ Unter Justinian hatte der Richter bei Unterliegen in einer Appellation ausserdem eine mässige

¹⁷⁴ BETHMANN-HOLLWEG, Prozess, 101 mit Hinweis auf Kap. I 38 *de appellat* (7, 62). Justinian grenzte die Zuständigkeiten weiter nach dem Streitwert ab und wies die Appellationen in Sachen bis zu 500 *solidi*, später 10 *librae auri* (=720 *solidi*), den Vikaren, die darüberliegenden den Präfekten zu, KASER, 535.

¹⁷⁵ Zum Ganzen MÜLLER, Streitwert, 143 ff. Vgl. ebenfalls zum kanonischen Recht BRUNDAGE, 567 m.w.H.

¹⁷⁶ BETHMANN-HOLLWEG, Prozess, 367; SELLERT, 518. Zum Ganzen KASER, 283 f.

¹⁷⁷ Vgl. dazu ZINGG, 22; BETHMANN-HOLLWEG, Prozess, 349 f.

Strafe nach Ermessen festzusetzen. Ganz abgesehen von diesen möglichen rechtlichen Nachteilen war ein Appellieren in der eigenen Streitsache an zahlreiche weitere Unannehmlichkeiten geknüpft. So war der Gang ans (ferne) Gericht häufig mit einer beschwerlichen Reise und Auslagen für den Aufenthalt in Gasthöfen verbunden (sog. *labores*), weshalb die Kostenlast vom Gegner gezielt als Prozesstaktik eingesetzt werden konnte.¹⁷⁸

- 57 Betreffend Gebührenaussgestaltung sind frappante Unterschiede zum heutigen System sowie eine ständige Entwicklung festzustellen. Im älteren, noch klassischen Prozess war das Verfahren vollständig unentgeltlich.¹⁷⁹ Im römischen Recht wurde noch unter Konstantin das Erheben von Gebühren für gerichtliche Akte sogar als Bestechung streng bestraft. Erst in der zweiten Hälfte des 4. Jahrhunderts n. Chr. wurde diese Praxis gestattet und von Justinian gesetzlich vorgesehen.¹⁸⁰ Erst der nachklassische Beamtenstaat durfte somit überhaupt Gebühren erheben. Im Gegensatz zur heutigen Ordnung flossen die erhobenen Gebühren nicht dem Fiskus zu, sondern den Offizieren als Entgelt für jede ihrer genau definierten Amtshandlungen (sog. *sportulae* [Sporteln]). Die Richter erhielten hingegen keinen Anteil an den Sporteln; ihnen gegenüber bestand weiterhin das strenge Verbot der aktiven und passiven Bestechung.¹⁸¹ Damit wälzte der Staat die Kosten für die Erhaltung des Beamtenapparats weitgehend auf die Rechtssuchenden ab, da er nur geringe Gehälter bezahlte.¹⁸² Zu entrichten waren die Gebühren zunächst von derjenigen Partei, die eine Amtshandlung beantragte. Die entstandenen Kosten (teilweise ebenfalls die Auslagen der Parteien selbst) mussten

¹⁷⁸ MÜLLER, Streitwert, 149 f., 157. Zur Kostenlast im späteren, mittelalterlichen Prozess im Allgemeinen, BRUNDAGE, 565 ff.

¹⁷⁹ KASER, 11; SCHOTT, 145; BETHMANN-HOLLWEG, Prozess, 239; SELLERT, 518.

¹⁸⁰ WETZELL, 327 Fn. 92; KASER, 557.

¹⁸¹ BETHMANN-HOLLWEG, Prozess, 241; KASER, 558. Zur Bestechungsproblematik und der Differenzierung bei der Entlohnung zwischen dem Richter und seinen Gehilfen vgl. BRUNDAGE, 571.

¹⁸² Eine gewisse Befreiungsmöglichkeit oder Reduktion der Sporteln für arme Personen kannte bereits das römische Recht, vgl. BETHMANN-HOLLWEG, Prozess, 245.

ihr sodann bei Obsiegen von der unterliegenden Partei erstattet werden.¹⁸³ Denn das Scheitern vor Gericht wurde als Beleg dafür gewertet, dass die jeweilige Partei keine gerechte Sache, keine *iusta causa*, verfolgt hatte.¹⁸⁴ Bemerkenswert ist hierbei v.a., dass selbst die geringe Gebührenaussgestaltung nicht völlig unabhängig vom Streitwert erfolgte: Die *insinuatio* (amtliche Registrierung) der Klageschrift und der Ladung erfolgte abgestuft nach Streitwert.¹⁸⁵ Somit fand bereits im römischen Recht der Streitwert Eingang in die Gebührenerhebung, wenn auch in sehr geringem Ausmass. Zumindest wurde aber ein Zusammenhang zwischen dem Wert des Streitobjekts und der veranschlagten Gebühr hergestellt, was als Grundstein des streitwertbasierenden Gebührensystems zu betrachten sein dürfte.

B. Der Streitwert im Heiligen Römischen Reich

I. Partikularrechtliche Regelungen und gemeines Recht

Die Rechtspflegeform im Heiligen Römischen Reich war mannigfaltig und unüber- 58
sichtlich. Das frühere Zivilprozessrecht bestand ab dem 10. Jahrhundert aus gemeinem (sog. *ius commune*, d.h. dem gelehrten römischen Recht) und partikulärem Reichs- und Landesrecht.¹⁸⁶ Es war – kurz gesagt – zu unterscheiden zwischen dem Gebiet des (subsidiären) gemeinen Rechts, welches aus einer Verschmelzung spätrömischer, kanonischer und langobardischer Rechtsgedanken entstanden war, und demjenigen des partikulären Prozessrechts, das hauptsächlich germanischen Ursprungs war, aber

¹⁸³ SELLERT, 519 f.; BRUNDAGE, 569, mit Hinweisen auf die *costs follow the event*-Regel, wie sie noch heute in England – und überdies in vielen europäischen Staaten vgl. hinten Rz 123 ff. – gilt. Ebenso KASER, 631; MÜLLER, Streitwert, 147 f.

¹⁸⁴ MÜLLER, Prozesskosten, 253. Zur Frage, wer für die Prozesskosten aufzukommen hatte, siehe auch SELLERT, 514 ff., insb. 521, mit dem Hinweis auf die Regelung im kanonischen Prozess.

¹⁸⁵ KASER, 558. Für weitere Beispiele vgl. BETHMANN-HOLLWEG, Prozess, 241 ff.

¹⁸⁶ WACH, 129; SENN, 100; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTFELD, § 4 N 1; Stein/Jonas-BREHM, vor § 1 N 128. Zum Zivilprozessrecht der Germanen während der Zeit der Völkerwanderung im Allgemeinen siehe BETHMANN-HOLLWEG, Band 4, 71 ff. Zum *ius commune* insb. HWB-JANSEN, Bd. 1, 916 ff.; HRG-LEPSIUS, Bd. 2, 1334 f. sowie HRG-LUIG, Bd. 2, 60 ff.

nicht als einheitliches Gewohnheitsrecht zu verstehen ist.¹⁸⁷ Es herrschte ein unüberschaubarer Zustand der Rechtszersplitterung, da verschiedene Prozessrechte in diversen Gebieten aufeinander trafen.¹⁸⁸ Hauptsächlich galt ganz selbstverständlich ein Anwendungsvorrang der vielen politischen Stadtstatuten (Partikularrechte). Gleichzeitig war aber auch die praktische Bedeutung des *ius commune* gesichert, indem das Statutarrecht grundsätzlich restriktiv ausgelegt wurde und eine verbreitete Vermutung für die Anwendbarkeit des römisch-gemeinen Rechts galt.¹⁸⁹ Das *ius commune* bestand somit als subsidiäre Quelle zur gesamten Rechtsordnung, das v.a. bei Versagen der Partikularrechte (als grundsätzlich primäre Rechtsquellen), aber auch auf Reichsebene, die Rechtsanwendung sicherte.¹⁹⁰

- 59 Hauptquelle des gemeinen Deutschen Zivilprozessrechts bildeten damit auf der einen Seite das in der Kompilation Justinians abgeschlossene römische Recht (*corpus iuris civilis*), auf der anderen Seite germanische Rechtsgewohnheiten. Noch nach der Gründung germanischer Staaten bestanden die beiden Rechte nebeneinander, wobei keine klare Trennung vorlag.¹⁹¹ Der alte gemeinrechtliche Prozess im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nationen war folglich ein Konglomerat heterogener Quellenbestandteile. Es wurde im Laufe der Zeit durch das römische Volk, die Germanen, mittelalterliche Kulturvölker und die Kirchen zu einem Werk als eigenartiges Ganzes zusammengetragen.¹⁹² Aufgrund dieser Vielschichtigkeit von Rechtsquellen lassen sich daher keine Aussagen zur Bedeutung des Streitwerts im früheren Zivilprozessrecht des Heiligen Römischen Reichs treffen.

¹⁸⁷ GULDENER, Herkunft, 11. Zur Rezeption des gemeinen Rechts allgemein WACH, 131; SENN, 99 f., 192; Stein/Jonas-BREHM, vor § 1 N 128 ff.

¹⁸⁸ ADELMANN-PÉNTEK, 8, insb. mit Ausführungen zu den Rechtsordnungen der verschiedenen Gebiete.

¹⁸⁹ HWB-JANSEN, Bd. 1, 918.

¹⁹⁰ SENN, 193. Zur Rezeption im Allgemeinen SENN, 189 ff.

¹⁹¹ WETZELL, 3.

¹⁹² WACH, 129.

II. Die Reichskammergerichtsordnung

Mit allmählichem Verschwinden des Hofgerichts, des höchsten landesherrlichen Gerichts, entstand Mitte des 15. Jahrhunderts als Fortsetzung das Kammergericht (gelegentlich «Hof- und Kammergericht» genannt), welches jeweils am Aufenthaltsort des Königs tagte.¹⁹³ Dieses erhielt im Jahr 1471 von Kaiser Friedrich III. als erstes eine eigentliche Prozessordnung.¹⁹⁴ Lange währte das Kammergericht jedoch nicht. Unter Maximilian I. wurden die von den Fürsten verlangten Reformen durchgeführt und das Kammergericht wurde 1495 mit Erlass des ewigen Landfriedens durch das Reichskammergericht abgelöst, dem obersten Gericht auf wesentlich konföderativerer Grundlage. Das Reichskammergericht war das höchste Gericht des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nationen und hatte seinen Sitz zu Beginn in der Mitte des Reichs, in Frankfurt a.M.¹⁹⁵ Als Grundgesetz erhielt das Reichskammergericht die Reichskammergerichtsordnung, welche das Fundament für die ihm folgenden Erlasse bildete und in seinen Hauptpunkten, namentlich in Bezug auf die staatsrechtliche Stellung des Reichskammergerichts, keinen Wechsel mehr erfuhr.¹⁹⁶ So erstaunt es wenig, dass die Organisation und Prozessordnung des Reichskammergerichts schon frühzeitig von den Reichsständen bei ihren Hofgerichten nachgeahmt wurde, sodass es bald kaum mehr ein Obergericht in Deutschland gab, welches seine alte Verfassung beibehalten hatte.¹⁹⁷

Erste Bestimmungen, welche dem Streitwert im neueren römischen Zivilprozessrecht eine besondere Bedeutung zumessen, findet man entsprechend in den Reichskammergerichtsordnungen von 1521 (tit. XXIV §§ 1 und 2) und von 1555 (2. Teil tit. XXVIII

¹⁹³ WETZELL, 370.

¹⁹⁴ WETZELL, 4 Fn. 5.

¹⁹⁵ SENN, 86; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 4 N 19; WETZELL, 370 f. Bis zu seiner Auflösung im Jahre 1806 wechselte der Sitz des Reichskammergerichts einige Male. So war es nach Zwischenstationen in Worms, Augsburg, Nürnberg, Regensburg, Speyer und Esslingen am Neckar schliesslich die letzten Jahre in Wetzlar ansässig.

¹⁹⁶ WETZELL, 371.

¹⁹⁷ WETZELL, 6. Zur Reichskammergerichtsordnung im Allgemeinen HWB-RANIERI, Bd. 2, 1279 ff.

§ 4).¹⁹⁸ Bis dahin konnten die Untertanen im Rahmen eines «Untertanenprozesses» über die territoriale Grenze hinaus an das Reichskammergericht appellieren; ein Minimalstreitwert war dabei nicht vorgesehen. Da die oberen Gerichte jeweils einen grösseren Gerichtssprengel zu pflegen hatten als die unteren Gerichte, wurde schon früh erkannt, dass die Arbeitslast bei einer uneingeschränkten Appellationsmöglichkeit nicht mehr zu bewältigen war. Um deshalb zumindest «calumniöse Appellationen», d.h. missbräuchliche Weiterzüge ans obere Gericht, zu verhindern, mussten die Parteien einerseits den sog. *Calumnieneid* leisten und andererseits sollten die Gerichtskosten die Parteien von einem unnötigen Weiterzug abhalten.¹⁹⁹ Ausserdem hatten die Parteien ein *Succumbenzgeld* zu bezahlen, d.h., der Kläger hatte einen bestimmten Betrag beim Gericht zu hinterlegen, welcher verfiel, wenn er mit seiner Klage oder Appellation nicht durchdrang.²⁰⁰

62 Diese Hindernisse vermochten vielleicht von gewissen querulatorischen Klagen oder Appellationen abzuhalten. Doch insgesamt war die Hürde zu tief angesetzt und brachte nur eine geringfügige Entlastung des Reichskammergerichts. Infolgedessen sahen die reformierten Bestimmungen von 1521 eine bestimmte Appellationssumme für den Weiterzug eines Rechtsstreits an die nächsthöhere Instanz vor.²⁰¹ Seit diesem Zeitpunkt trat auch der Streitwert prominenter in Erscheinung, was bereits an den der Appellationssumme gewidmeten, wissenschaftlichen Arbeiten zu sehen ist.²⁰² Die erste Appellationssumme fiel im Jahre 1521 noch entsprechend tief aus: «Es würden nur Sachen, so unter 50 Gulden Hauptguts wären,» bei dem Reichskammergericht nicht angenommen.²⁰³ Dieser Betrag wurde im Laufe der Zeit stets nach oben korrigiert, wobei als wesentlicher Grund das «muthwillige unnöthige Appelliren» angegeben wurde. So betrug der erforderliche Appellationswert im Jahr 1570 bereits 150 Gul-

¹⁹⁸ PFEIFFER, 219; HRG-WEITZEL, Bd. 1, 270.

¹⁹⁹ WETZEL, 310; KASER, 214; SELLERT, 518.

²⁰⁰ Vgl. WETZEL, 562. Zum römischen Recht BETHMANN-HOLLWEG, Prozess, 255.

²⁰¹ Vgl. auch HESS, 4.

²⁰² PFEIFFER, 220 m.w.H. auf die in lateinischer Sprache verfasste Literatur seit 1654.

²⁰³ PFEIFFER, 254 mit Hinweis auf die Reichskammergerichtsordnung von 1521, lit. XXIV § 1.

den, 1600 300 Gulden und 1654 schliesslich 600 Gulden (oder 400 Reichsthaler).²⁰⁴ Der Betrag verzwölffachte sich damit innert 100 Jahren. In den Anfängen des Reichskammergerichts fielen bei einer Appellation sogar häufig mehr Unkosten an, als die Sache selbst Wert war. Die gewöhnlichen Kosten zur Erlangung des Appellationsprozesses betrugen etwa 262 Gulden.²⁰⁵ So kam es, dass man sich schon früh mit der Wertbegrenzung als Kriterium für die Weiterziehbarkeit einer Entscheidung befasste, da sich ein Prozessieren für eine Forderung mit einem geringeren Betrag gar nicht lohnte. Der Streitwert als Anknüpfungskriterium bot sich insb. auch deswegen an, weil er neben der Bestimmung der Appellationssumme auch für die Kostenberechnung und die Bemessung der Prozesskautionen verwendet werden konnte,²⁰⁶ wie sogleich aufzuzeigen sein wird.

Wie im römischen Recht²⁰⁷ galten die Gebühren für das Prozessieren vor dem Reichskammergericht vorzugsweise als Vergütungen für einzelne Gerichtshandlungen. Die Sporteln, welche direkt dem die Staatstätigkeit ausführenden Beamten zukamen, waren jedoch zweifelhafter Natur: Zuerst ordnete die Reichskammergerichtsordnung von 1495 in tit. XVI deren Zulässigkeit an, mit der Revision vom Jahre 1500 wurde diese bereits wieder aufgehoben (tit. IX). Zu Beginn waren die zu erhebenden Taxen an verschiedenen Stellen in der Reichskammergerichtsordnung verstreut, bis am 6. Mai 1585 eine vollständige Taxordnung genehmigt wurde.²⁰⁸ Die Ausgestaltung der Gebühren hing jedoch stets aufs engste mit den jeweiligen politischen Einrichtungen zusammen, weshalb die diesbezüglichen Bestimmungen des römischen Rechts in Deutschland nicht als gemeinrechtlich gelten konnten.²⁰⁹ Die Partikulargesetze sahen deshalb häufig Taxen vor, die direkt mit den verschiedenen gerichtlichen Handlungen und Verfügungen angeordnet wurden. Die Taxen mussten dabei von der Partei be-

63

²⁰⁴ WETZELL, 710; PFEIFFER, 254 f.; HRG-WEITZEL, Bd. 1, 270.

²⁰⁵ PFEIFFER, 255.

²⁰⁶ Vgl. WACH, 368.

²⁰⁷ Vgl. vorne Rz 57.

²⁰⁸ WETZELL, 327 Fn. 92.

²⁰⁹ Das kanonische Recht enthielt überhaupt keine solche Regelungen, vgl. WETZELL, 327.

zahlt werden, welche die entsprechende Amtshandlung verlangte, andernfalls die Dokumente zurückgehalten oder die gewünschte Handlung nicht vorgenommen wurde.²¹⁰

- 64 Um auch armen Personen den Zugang zum Gericht zu ermöglichen, sah bereits die Reichskammergerichtsordnung in tit. XLI § 1 (der Fassung von 1555) vor, dass die Gebühren für Personen gestundet werden sollten, welche durch Zeugnisse oder einem zu leistenden Eid ihre Armut nachweisen konnten; dies galt sogar in Bezug auf einen Armenanwalt.²¹¹ Der Aufbau des Armenrechts zeigt, wie es schon früh ein Bestreben gab, allen Menschen unabhängig von ihren Vermögensverhältnissen den Zugang zum Gericht zu gewähren. Nur durch ein funktionierendes System war eine wirkungsvolle Rechtspflege überhaupt möglich.
- 65 Das grösste Prozesshindernis sowohl für den Kläger wie auch den Beklagten waren aber diejenigen Kosten, welche den Parteien neben den Gerichtskosten entstanden. Während früher für einen Prozess im alten System mit etwa 10 % des Streitwerts als Aufwendungen bzw. Auslagen gerechnet werden musste, konnte der gleiche Streit im aufkommenden Appellationsverfahren rund das Fünffache des Streitwerts kosten.²¹² Zu Recht wurde ein solches Verfahren als ein Prozess, der die Parteien an den Bettelstab brachte, bezeichnet.²¹³ Beantragte eine Partei die Rückerstattung durch die Gegenpartei, hatte sie sämtliche Auslagen einzeln aufzugliedern, worauf die Gegenpartei deren Notwendigkeit und Höhe bestreiten konnte. Die grössten Positionen stellten dabei die Kosten für Prokuratoren, Advokaten und Boten dar.²¹⁴ Die Rückerstattung solch angefallener (Partei-)Kosten von der Gegenpartei war in der Regel schwierig zu erlangen; insb. das Reichskammergericht versuchte die Kosten tief zu halten, weshalb eine Kostengutsprache der entstandenen Auslagen nur sehr restriktiv erfolgte.²¹⁵ Eine

²¹⁰ WETZELL, 327.

²¹¹ WETZELL, 328 f.

²¹² Vgl. DIESTELKAMP, 81 ff.

²¹³ DIESTELKAMP, 81 mit Verweis auf GUADIAN.

²¹⁴ So die Beispiele in DIESTELKAMP, 82 ff.

²¹⁵ DIESTELKAMP, 87.

pauschalierte, vom Streitwert abhängige Entschädigung für die entstandenen Auslagen – analog der heutigen Parteientschädigung – existierte somit noch nicht.

C. Der Streitwert im Deutschen Kaiserreich

Das Reichsprozessrecht war das Produkt einer mehr als tausendjährigen Geschichte und mündete schliesslich zusammen mit der Bismarckschen Reichsverfassung 1871 in einen ersten Entwurf der deutschen Reichszivilprozessordnung.²¹⁶ Die definitive Fassung der deutschen Zivilprozessordnung («Civilprozessordnung für das Deutsche Reich», in Kraft getreten am 1. Oktober 1877) erfolgte indes erst nach weiteren Entwürfen am 30. Januar 1877.²¹⁷ Im Reichstag wurde sie als ein Meisterwerk gefeiert.²¹⁸ Neben der Zivilprozessordnung trat am 1. Oktober 1879 zusätzlich das erste Gerichtskostengesetz in Kraft. Dieses gründete auf einem Pauschalssystem, d.h., eine Gerichtsgebühr wurde nicht mehr für einen einzelnen Akt, sondern für einzelne Prozessabschnitte festgelegt, wobei die sog. «Werthklassen» nach oben hin unbegrenzt waren.²¹⁹ Entscheidendes Anknüpfungskriterium für die Berechnung der Gebühr war bereits damals der Wert des Streitobjekts. Dass damit nicht immer die «richtige» i.S.v. angemessene Höhe gefunden wurde, war man sich bereits dannzumal bewusst.²²⁰ Eine solche einzelfallbezogene «Ungerechtigkeit» nahm man aber der Einfachheit halber offensichtlich in Kauf.

Ebenfalls erkannte man bei der Ausarbeitung der Zivilprozessordnung, dass die Fülle von Rechtssachen und ihre Verschiedenartigkeit eine Begrenzung der Gerichtsgewalt bedingt. So unterschied man zwischen der gegenständlichen (sachlich, objektiv), der räumlichen und der funktionellen Gerichtsgewalt.²²¹ Eine besondere Betrachtung verdient dabei die sachliche Zuständigkeit. Um die Kompetenz resp. die Zuständigkeit

²¹⁶ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 5 N 4; SCHUBERT, Entstehung, 3 ff., insb. 6.

²¹⁷ ADELMANN-PÉNTEK, 9; WACH, 155.

²¹⁸ SCHUBERT, Zivilprozess, 9.

²¹⁹ WACH, 157.

²²⁰ WACH, 130.

²²¹ WACH, 347.

eines Gerichts sachlich abgrenzen zu können, standen verschiedenartige Möglichkeiten zur Verfügung: Das Anknüpfungskriterium konnte in der Natur des Rechtsverhältnisses (d.h. seinem Inhalt wie bspw. Ehesachen, Wechselsachen, Handelsgeschäfte etc.) schlechthin liegen, in der Person des berechtigten oder verpflichteten Subjekts (Sachen der Akademiker, Militärpersonen, Kaufleute)²²² oder in beiden Momenten zugleich. Schliesslich kam auch eine Kompetenzbeschränkung aufgrund des Werts des Streitobjekts in Frage.²²³ Im Gegensatz zu früheren Prozessordnungen, insb. derjenigen des römischen Rechts, in welchen die ersten beiden Möglichkeiten im Zentrum standen, erlangte in der deutschen ZPO nun endgültig der Streitwert die entscheidende Rolle als Anknüpfungskriterium für die Abgrenzung verschiedener gerichtlicher Zuständigkeiten.

- 68 Die Grenze für die Weiterzugsmöglichkeit einer Entscheidung setzte man für vermögensrechtliche Streitigkeiten zu Beginn auf 300 Mark fest.²²⁴ In der Folge wurde dieser Betrag immer wieder erhöht, sodass gemäss § 511 Abs. 2 Ziff. 1 DZPO heute eine Berufung ab EUR 600.-- zulässig ist, wobei das Erstgericht seit dem Jahr 2002 die Berufung auch unabhängig vom Wert zulassen kann.

D. Der Streitwert in der alten Eidgenossenschaft

- 69 Die im Jahr 1291 gegründete alte Eidgenossenschaft war ein lockeres Gefüge verschiedener Gebiete und Stadtstaaten (Staatenbund). Diese erkämpften sich weitgehend Unabhängigkeit vom Heiligen Römischen Reich Deutscher Nationen. Die dreizehn alten Orte waren durch Verträge miteinander verbunden, eine einheitliche Gesetzgebung, geschweige denn ein einziges Prozessrecht, war nicht vorhanden. Das Arrest-, Betreibungs- und Prozessrecht spielten zwar in den Tagsatzungen eine bedeutende Rolle, es war allerdings vorwiegend ein Zeugnis von Anstrengungen für die Anerken-

²²² Vgl. dazu insb. WETZEL, 441 ff.

²²³ WACH, 348.

²²⁴ WACH, 352. Zur Appellationssumme und ihrer Berechnung im Besonderen vgl. PFEIFFER, 211 ff.

nung der heimatlichen Gerichtsbarkeit.²²⁵ So versuchten sich die Eidgenossen insb. davor zu schützen, von einer fremden Gerichtsbarkeit übernommen zu werden. Seit dem 16. Jahrhundert begann sich die dreizehnörtige Eidgenossenschaft allmählich vom Reichsverband zu lösen. Diese politische Emanzipation hatte u.a. zur Folge, dass sie die Innovationsprozesse der Reichsreform um 1500 auf dem Rechtsgebiet nur teilweise mitmachte; es bildete sich folglich keine gemeinrechtliche Rechtswissenschaft. Bis 1798 entwickelte sich in der Schweiz daher ein heterogenes Gewohnheits- und Statutarrecht ohne Ansätze einer Kodifikation.²²⁶

Der lockere Zusammenhang zwischen den Bündnissen widerspiegelte sich auch im Zivilprozessrecht. Die Orte schlossen untereinander Verträge, in welchen sie auch prozessrechtliche Regelungen normierten. Früheste Vereinbarungen über das Prozessrecht finden wir in Bündnisvereinbarungen im Westen der Schweiz.²²⁷ Ebenfalls bestanden Vereinbarungen zwischen den Städten, z.B. den Städten Bern und Freiburg, welche in ihren Abkommen mit Lausanne und Genf von 1525 keine Appellation an die Obrigkeit, sondern Berufung an das bundesvertragliche Schiedsgericht vorsahen. Im Genfer Vertrag von 1536 setzte man dabei eine Appellationssumme von 100 *floreni* (Gulden) fest,²²⁸ womit eine (nationale) Bestimmung zum Streitwert erstmals schriftlich auftauchte. In internationalen Streitigkeiten gelangte dieses Schiedsverfahren aber bereits früher teilweise zur Anwendung: Als Ausnahmestellung konnte aufgrund des mailändischen Kapitulats vom 26. Januar 1467 ohne Rücksicht auf ein allfälliges öffentliches Interesse in jeder (internationalen) Streitigkeit zwischen privaten Personen der kontrahierenden Staaten zwischen dem ordentlichen Richter einerseits und dem Schiedsgericht andererseits gewählt werden, sofern der Streitwert 100 rheinische Gulden überstieg.²²⁹ Selbst in der alten Eidgenossenschaft spielte der Streitwert folg-

²²⁵ Zum Ganzen ins. SCHURTER/FRITZSCHE, Bd. I, 4.

²²⁶ Vgl. dazu insb. WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 4 N 3 ff.; SENN, 288.

²²⁷ Vgl. SCHURTER/FRITZSCHE, Bd. I, 1.

²²⁸ SCHURTER/FRITZSCHE, Bd. I, 99.

²²⁹ SCHURTER/FRITZSCHE, Bd. I, 115.

lich – insb. auch im internationalen Kontext – bereits eine gewisse Rolle als Kompetenzkriterium.

E. Der Streitwert im Schweizer Bundesstaat

I. Helvetik

71 Mit der Helvetik um 1798 wurde dem pluralistischen Gerichtswesen in der Schweiz ein Ende gesetzt und dem Staat die alleinige Gerichtsgewalt übertragen. Die Gewaltentrennung wurde eingeführt, geistliche Gerichte nicht mehr geduldet und die Sondergerichte abgeschafft.²³⁰ Es entstanden Kantone.²³¹ Nach dem französischen Vorbild schuf der Einheitsstaat eine letzte Appellationsinstanz, an die jeder Kanton einen Richter zu entsenden hatte. Darunter verfügte jeder Kanton über ein Kantonsgericht, welches als zweite Instanz Urteile des Distriktgerichts überprüfte.²³² Zudem wurden Friedensrichter als Vermittler geschaffen, welchen eine endliche Spruchkompetenz (mit Ausschluss selbst der Nichtigkeitsbeschwerde) in allen bürgerlichen Sachen mit einem Wert von maximal Fr. 32.-- zukam.²³³ Die vollständige Vereinheitlichung der Gerichtsorganisation währte allerdings nicht lange. Bereits im Jahr 1803 erlangten die Kantone mit der Mediationsverfassung einen grossen Teil ihrer Souveränität – v.a. auch auf den Gebieten der Gerichtsorganisation und des Prozessrechts – zurück.²³⁴

72 Bemerkenswert im Zusammenhang mit dem Streitwert ist insb., dass in der Helvetik im Jahr 1801 ein ausführlicher Gesetzesvorschlag über die «allgemeine Einrichtung des Gerichtswesens» bereit lag, der in 146 Artikeln die gesamte Zivil- und Strafgerichtsorganisation zentralistisch ordnete. Entsprechend diesem Entwurf sollte der Friedensrichter als Sühnbeamter sowie als Richter über Zivilfälle von einem Wert von unter Fr. 8.-- amten, in den Amtsbezirken war der Amtsmann als Einzelrichter in Zivilstrei-

²³⁰ DUBLER, Kap. 2.

²³¹ SENN, 288.

²³² WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 4 N 10.

²³³ SCHURTER/FRITZSCHE, Bd. I, 139.

²³⁴ REICHEL, XXIV; SCHURTER/FRITZSCHE, Bd. I, 2; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 4 N 11 ff.

tigkeiten bis Fr. 50.-- Streitwert mit endlicher Kompetenz vorgesehen sowie ein Appellationsgericht sollte als Berufungsinstanz in Streitsachen über Fr. 200.-- urteilen.²³⁵ Der Entwurf wurde jedoch verworfen und eine eidgenössische Zivilprozessordnung kam nicht zustande.

II. Kodifikationen in den Kantonen

Im 19. Jahrhundert begannen die Kantone, ihre alten Satzungen, Stadt- und Landbücher aus dem 17. oder 18. Jahrhundert in Zivilprozessordnungen zu kodifizieren.²³⁶ Die erste, moderne Kodifikation einer Zivilprozessordnung wurde 1819 im Kanton Genf entworfen.²³⁷ In der Folge kamen zahlreiche weitere Prozessordnungen hinzu, so bspw. die zürcherische Zivilprozessordnung von 1866.²³⁸ In die Prozessgesetze fand weniger das römische Recht Eingang, sondern es gingen eher umständliche und langwierige Prozessgrundsätze bzw. Institute in das einheimische Verfahrensrecht über; daneben fanden gewisse althergebrachte schweizerische Institute Anwendung.²³⁹ Das gemeine Prozessrecht kam in der Schweiz in grösserem Umfang erst im späten 19. Jahrhundert auf.²⁴⁰

Neben dem gemeinen Prozessrecht beeinflusste v.a. das französische Recht, insb. der *Code de procédure civile* vom Jahre 1806, das Zivilprozessrecht in der Schweiz.²⁴¹ Zwar wurde in keinem Kanton das französische Gesetz vollständig rezipiert, es beeinflusste aber die westschweizerischen Kantone im Besonderen stark. So war in den welschen Kantonen die dem französischen Prozessrecht innewohnende Parteiherrschaft stark

²³⁵ SCHURTER/FRITZSCHE, Bd. I, 145.

²³⁶ SENN, 288.

²³⁷ WALDER/MEIER, 93; SUTTER-SOMM, Rz 32. Zum Ganzen SCHURTER/FRITZSCHE, Bd. I, 178 ff.

²³⁸ Vgl. zur Entstehung und insb. dem Einfluss des deutschen Prozessrechts auf die zürcherische Zivilprozessordnung, WALDER/MEIER, 93 ff.

²³⁹ Zu den schweizerischen Instituten insb. ADELMANN-PÉNTEK, 24.

²⁴⁰ GULDENER, Herkunft, 12.

²⁴¹ SCHURTER/FRITZSCHE, Bd. II, 7; ADELMANN-PÉNTEK, 72. Zur Rezeption und dem *usus modernus* vgl. insb. SENN, 204 f.

ausgeprägt. Diese zeigt sich hauptsächlich darin, dass der Richter weitgehend in eine passive Rolle gedrängt wird und auf die eigentliche Erkenntnistätigkeit beschränkt ist.²⁴² Insgesamt ist wie bei den Kodifikationen des Privatrechts eine Entwicklung des kantonalen Prozessrechts von Westen nach Osten festzustellen. Diese Bewegung zur Kodifizierung setzte ein mit dem oben erwähnten *Code de procédure civil genevois* von 1819, welcher nach der gegenüber Frankreich wiedererlangten Unabhängigkeit von Genf im Jahre 1813 entworfen wurde,²⁴³ und breitete sich ostwärts aus. In Bezug auf den Streitwert – und insb. auch betreffend die Kostenausgestaltung – lässt sich indes feststellen, dass der Einfluss des französischen *Code de procédure civile* eher gering blieb. So prägte der dem französischen Prozessrecht innewohnende Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Justiz (*principe de la gratuité de la justice*)²⁴⁴ die Prozessordnungen kaum, sondern es setzte sich vielmehr der gemeinrechtliche Ansatz der streitwertabhängigen Gebühren durch.

III. Kodifikationen auf bundesstaatlicher Ebene

1. Entstehung des Bundesgerichts

75 Auf eidgenössischer Ebene änderte sich mit der Verfassung von 12. September 1848 im Zivilprozessrecht einiges. Zwar blieb die Prozessgesetzgebungsgewalt grundsätzlich bei den Kantonen, der Bundesstaat wurde aber mit einer eigenen Justizgewalt ausgestattet, «soweit die Rechtspflege in den Bereich des Bundes fällt» (Art. 94 aBV). Die Verfassung sah als oberste Gerichtsbarkeit in der Schweiz noch keine ständige Institution vor. Ähnlich einem Schiedsgericht wurde das Bundesgericht nur fallweise einberufen und hatte geringe Kompetenzen. Erst die revidierte Bundesverfassung von 1874 füllte diese Lücke. Gleichzeitig wurde dem Bund in Art. 64 Abs. 2 aBV (von 1874) die Kompetenz zur Zivilgesetzgebung übertragen.²⁴⁵ Seit dem 1. Januar 1875 verfügt die

²⁴² GULDENER, Herkunft, 25 f., 29; SCHURTER/FRITZSCHE, Bd. II, 22.

²⁴³ SCHURTER/FRITZSCHE, Bd. II, 16 ff.

²⁴⁴ Vgl. Rz 130.

²⁴⁵ Vgl. SUTTER-SOMM, Rz 28; SENN, 288.

Schweiz über ein ständiges Bundesgericht mit Sitz in Lausanne.²⁴⁶ Obwohl die sachliche Zuständigkeit des damaligen Bundesgerichts eng begrenzt war, ergab sich für den Bundesgesetzgeber als notwendige Folge der Erlass eines Prozessgesetzes. Auf diese Weise entstand eine erste zusammengefasste eidgenössische Zivilprozessrechtskodifikation.²⁴⁷

2. *Organisationsgesetz von 1849*

Art. 101 aBV von 1848 sah die Zuständigkeit des Bundesgerichts als Zivilgericht grundsätzlich nur dann vor, wenn der Bund in eine Streitigkeit involviert war. Eine Ausnahme davon bildete Art. 102 aBV, welcher bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ans Bundesgericht zulies, sofern sich die Parteien über die Zuständigkeit einigten und ein «Streitgegenstand von einem beträchtlichen, durch die Bundesgesetzgebung festzusetzenden Werthe» vorlag. Hier sprach das aOG 1849 als erstes gesamtschweizerisches Gesetz über die Bundesrechtspflegeordnung von einem als «Hauptwert» bezeichneten Betrag von Fr. 3'000.--.²⁴⁸ Berechnungsvorschriften zu diesem Hauptwert fehlten, ebenso wenig war eine Berufungsmöglichkeit ans Bundesgericht vorgesehen. 76

Infolge zweier missglückter Revisionsversuche in den Jahren 1871 und 1872 wurde die Möglichkeit einer Berufung ausdrücklich nicht in der aBV festgehalten. Man begnügte sich mit dem Zusatz in Art. 114 aBV, der als besonderes Ziel der künftigen bundesgerichtlichen Kompetenzerweiterung die einheitliche Anwendung der in Art. 64 aBV dem Bund vorbehaltenen Gesetze in Aussicht stellte.²⁴⁹ Aus diesem Grund erfolgte erst im revidierten aOG 1874, in welchem die Kompetenz zur Zivil- und Strafrechtssetzung aufgrund des erwähnten Art. 64 aBV bereits dem Bund übertragen worden war, eine gesetzlich festgehaltene Weiterzugsmöglichkeit in bürgerlichen Streitigkeiten. Der für eine Berufung erforderliche Hauptwert bzw. Streitwert wurde vorerst auf 77

²⁴⁶ DUBLER, Kap. 2.2. Ebenso SCHURTER/FRITZSCHE, Bd. I, 146 ff.; REICHEL, XXX.

²⁴⁷ SCHURTER/FRITZSCHE, Bd. I, 2.

²⁴⁸ Vgl. dazu SCHURTER/FRITZSCHE, Bd. I, 231 ff.

²⁴⁹ Vgl. Botschaft aOG 1874, 1069; SCHURTER/FRITZSCHE, Bd. I, 300.

Fr. 3'000.-- festgesetzt und im Jahr 1921 auf Fr. 4'000.-- erhöht.²⁵⁰ Die unbegrenzte Zulassung des neuen Rechtsmittels verbot sich nicht nur wegen des Missverhältnisses, das sich zwischen Weiterziehungskosten und kleineren Streitwerten ergeben hätte, sondern v.a. um der zu befürchtenden allzu grossen Geschäftslast willen. Insb. vor dem Hintergrund des vereinheitlichten Zivilrechts und einer massiven Erweiterung der Kompetenzvorschriften des Bundesgerichts diente der Streitwert somit zur Regulierung der anfallenden Geschäftslast.

- 78 Mit der Bestimmung in Art. 29 aOG 1874 wurden erstmals in einem kodifizierten schweizerischen Gesetz Angaben zur Berechnung des «Hauptwerths» bzw. Streitwerts gemacht. So hielt bspw. dessen Art. 29 Abs. 2 fest, dass für die Wertbestimmung derjenige Betrag massgebend sein soll, welcher beim letzten Entscheid des kantonalen Gerichts noch im Streit gestanden hat. Bestimmungen zur Streitwertberechnung selbst blieben in der Folge stets nur rudimentärer Art. Die Botschaft zur Revision des aOG 1874 spricht exemplarisch davon, dass sich die Normen für die Berechnung des Streitwerts auf das Notwendige beschränken, denn «in den nicht ausdrücklich geregelten Fällen wird das Gericht auch ohne gesetzliche Vorschriften das Richtige treffen».²⁵¹ Die knappe Regelungsdichte in Bezug auf den Streitwert veränderte sich bis heute nur geringfügig und zeigt m.E., dass man dem Gericht grosses Vertrauen bezüglich der korrekten Streitwertbestimmung entgegenbringt.

²⁵⁰ Art. 29 des Organisationsgesetzes von 1874. Die Vorschläge variierten bereits für die Zuständigkeiten nach dem Organisationsgesetz von 1849 zwischen Fr. 2'000.-- und Fr. 5'000.-- (der alten Währung). Die Bundesversammlung legte schliesslich den Betrag auf Fr. 3'000.-- fest. Erstaunlicherweise erfolgte mit der Revision von 1874 keine Erhöhung, sondern eine versteckte Herabstufung des erforderlichen Streitwerts. So belief sich die alte Schwelle auf Fr. 3'000.-- der alten Währung oder Fr. 4'500.-- der neuen Währung. Mit der Festlegung auf Fr. 3'000.-- der neuen Währung erfolgte somit eine versteckte (aber gewollte! Vgl. BBl 1874, 1068) Reduktion. In der Novelle vom 25. Juni 1921 schlug der Bundesrat sodann eine Erhöhung auf Fr. 5'000.-- (der neuen Währung) vor. Die Bundesversammlung erhöhte die Streitwertschwelle indessen nur auf Fr. 4'000.--, vgl. dazu ausführlich SCHURTER/FRITZSCHE, Bd. I, 276 sowie 303; WURZBURGER, recours, Ziff. 183.

²⁵¹ BBl 1892, 273 ff., 306.

3. *Gebührenstreitwert im Gesetz über die Kosten der Bundesrechtspflege, Gerichts- und Anwaltsgebühren von 1856*

Im ersten Gesetz über die Kosten der Bundesrechtspflege, die Gerichts- und Anwaltsgebühren vom 12. März 1856²⁵² sollte dem Gericht ein beträchtlicher Spielraum gelassen werden, weil «die Prozesse in Bezug auf Bedeutsamkeit des Streitobjekts, Schwierigkeit und Weitläufigkeit der Untersuchung ausserordentlich verschieden sein können». ⁷⁹ ²⁵³ Dieser Spielraum betrug bzgl. der Gerichtsgebühr für das Bundesgericht gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. c des Gerichts- und Anwaltsgebührengesetzes zwischen Fr. 25.-- und Fr. 500.--. Nicht massgebend für die Bemessung der Höhe der Gerichtsgebühr war dannzumal der Streitwert.

F. **Zwischenfazit zur historischen Betrachtung**

Die Beschränkung der Weiterzugsmöglichkeit an die nächste Instanz war der Hauptgrund, weshalb der (Rechtsmittel-)Streitwert bereits früh als Anknüpfungskriterium aufgenommen wurde. Er diente im Wesentlichen dazu, eine Überlastung des Gerichtssapparats zu verhindern. Teilweise kann zwar störend wirken, dass ein in Geld ausgedrückter Forderungsbetrag den Wert einer Streitigkeit und damit die Anzahl Rechtsmittelinstanzen bestimmt, da dem Streit um einen bestimmten Betrag für verschiedene Personen nicht immer die gleiche wirtschaftliche Bedeutung zukommt. ⁸⁰ Nicht gänzlich zu Unrecht brachte deshalb PFEIFFER bereits früh vor, dass das Vorsehen einer bestimmten Minimalsumme bei der Appellation gegen die Rechtsgleichheit verstosse. So werde die Klage eines Wohlhabenden mit einem hohen Streitwert in der Regel durch drei Instanzen beurteilt, wobei eine Instanz sogar ein Kollegialgericht sein werde, wohingegen die tiefere, für einen Armen allerdings bedeutendere Forderung nur einmal durch einen Einzelrichter beurteilt werde. Dies verstosse gegen den fundamentalen Grundsatz, wonach die unparteiische Justizpflege garantiere, dass Recht zu sprechen sei «ohne Ansehen der Person, dem Armen wie dem Reichen». Aus

²⁵² BBl 1856, 251 ff.

²⁵³ BBl 1856, 252.

diesem Grund schliesst PFEIFFER, dass für minder wohlhabende Parteien auch eine geringere Appellationssumme vorzusehen sei.²⁵⁴

- 81 Einem solchen allfälligen Missstand wird heute einerseits mit einem ausgebauten – streitwertunabhängigen – Armenrecht abzuhelpen versucht und andererseits besteht die Möglichkeit, jede Forderung, auch wenn sie den notwendigen Streitwert nicht erreicht, mittels Beschwerde (vor kantonaler Instanz) resp. subsidiärer Verfassungsbeschwerde (vor Bundesgericht) – zwar mit einer beschränkten Kognitionsbefugnis – vor die nächste Instanz weiterziehen zu können. Damit können zumindest gravierenden Rechtsmängel auch bei tiefen Streitsummen ausgemerzt werden. Nichtsdestotrotz wurde im Streitwert schon früh ein einfach zu handhabendes Kriterium erkannt, um den Zugang zum Gericht kontrollieren und beschränken zu können.
- 82 Angesichts der grossen Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit von Zivilstreitigkeiten innerhalb eines Zuständigkeitskreises wurden die Gerichtsbarkeiten sowohl in sachlicher wie auch in funktionaler Hinsicht für die verschiedenen Streitigkeiten voneinander abgegrenzt. Die Kompetenzabgrenzung konnte dabei hauptsächlich nach drei Gesichtspunkten erfolgen: Nach der Natur eines Rechtsverhältnisses, nach den beteiligten Personen am Prozess oder nach dem Wert des Streitobjekts.²⁵⁵ War vor den modernen Zivilprozessordnungen häufig das zweite Kriterium zur Abgrenzung massgebend – so bspw. im Verhältnis zwischen kirchlicher und weltlicher Gerichtsbarkeit sowie bzgl. der sozialen Stellung bzw. der Zugehörigkeit einer Person zu einer Rechtsordnung (Lehngerichte, Meierdinge u.a.)²⁵⁶ – entwickelte sich eine Tendenz hin zum Streitwert als massgebendes Kompetenzkriterium. In Bezug auf die sachliche Zuständigkeit wurde der Streitwert zunächst lediglich als ergänzendes Kriterium hervorgehoben. Heute gewichtet er indessen umso mehr eine Streitigkeit, indem für höhere

²⁵⁴ PFEIFFER, 212 und 257 ff. zum Armenrecht im Allgemeinen.

²⁵⁵ HESS, 1; WACH, 348.

²⁵⁶ WETZELL, 453 ff. Insb. auch SENN, 137 ff.

Streitwerte Kollegial- oder Fachgerichte vorgesehen sind (z.B. für streitwertabhängige handelsrechtliche Streitigkeiten) und für tiefere Streitwerte Einzelgerichte.²⁵⁷

Betreffend die Kosten liegt der Wahl des Streitwerts als Anknüpfungskriterium v.a. 83
das Bestreben zugrunde, die Arbeit und den Zeitaufwand der Gerichte und der Parteien den finanziellen Auswirkungen eines Prozesses anzugleichen.²⁵⁸ So fielen die Gebühren früher jeweils für eine bestimmte Amtshandlung an, weshalb die Kosten bisweilen höher als das Streitobjekt selbst werden konnten, was wirtschaftlich unsinnig war und den Parteien letztendlich den Zugang zum Gericht faktisch verwehrte oder zumindest erschwerte. Die Unterscheidung zwischen Streitigkeiten mit einem hohen und solchen mit einem tiefen Streitwert ist damit nicht nur ein Anknüpfungspunkt mangels geeigneter alternativer Kriterien. Denn die ökonomisch betrachtete objektive Wichtigkeit eines Prozesses drückt sich regelmässig im Wert des Streitobjekts aus. So lohnt es sich grundsätzlich, für Klagen mit einem höheren Streitwert einen grösseren Aufwand zu betreiben, als wenn nur um wenig Geld gestritten wird. Dies hauptsächlich vor dem Hintergrund der aufzuwendenden Kosten sowohl der Parteien wie auch des Gerichts. Die Wichtigkeit ist demnach in dem Sinne zu verstehen, als dass nur dann hohe Kosten für ein aufwendiges Verfahren anfallen dürfen, wenn auch ein im Verhältnis angemessener Geldbetrag auf dem Spiel steht. Ausser Acht gelassen wird dabei eine mögliche subjektive Wichtigkeit für eine Partei. Der Streitwert als Anknüpfungskriterium dient somit auch und insb. dem Schutz der Parteien vor einer übermässigen Kostenlast, damit die Prozesskosten den im Streit stehenden Betrag nicht überschreiten.

Aus der historischen Betrachtung ist zu folgern, dass sich der Streitwert als massgebendes Anknüpfungskriterium im Laufe der Zeit entwickelt und durchaus seine Berechtigung hat. Einerseits soll nicht mehr wie früher jede Prozesshandlung einzeln bezahlt werden müssen, um auch Streitigkeiten mit einem tieferen Streitwert vor Gericht durchsetzen zu können, andererseits wird die Gefahr einer Überflutung des 84

²⁵⁷ Vgl. vorne Rz 22 ff.

²⁵⁸ Ähnlich hierzu HESS, 1; BAUMANN, 283.

Gerichtsapparats dadurch minimiert, indem ein vollständiger Instanzenzug mit voller Kognition nicht jeder Streitigkeit offen steht, und schliesslich für einfache Streitigkeiten ein Einzelgericht in einem einfacheren Verfahren zum Zuge kommt. Im Zentrum der Wahl des Streitwerts als Anknüpfungskriterium steht folglich hauptsächlich die Weiterzugsmöglichkeit, mithin der Rechtsmittelstreitwert. Um einen grundlegenden Rechtsschutz des Bürgers zu gewährleisten, sind deshalb Vorschriften zur Streitwertberechnung – soweit möglich – eher weit auszulegen, um einen Weiterzug ans obere Gericht nicht zu verhindern. Besteht ein Ermessensspielraum bei der Festlegung der Streitwerthöhe, mithin bei der Streitwertbemessung, ist im Zweifelsfall vom Überschreiten einer bestimmten Schwelle auszugehen, um dem Bürger den ihm zustehenden Rechtsschutz nicht zu verwehren.²⁵⁹

²⁵⁹ Gl.M. WURZBURGER, recours, Ziff. 187.

§ 4 Der Streitwert in der Schiedsgerichtsbarkeit

A. *Ad-hoc* Schiedsgerichtsbarkeit

Nachdem die historische Betrachtung abgeschlossen ist, soll die gegenwärtige Bedeutung des Streitwerts ausserhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit betrachtet werden. Im Gegensatz zu früher, als Schiedsgerichte hauptsächlich mangels staatlicher institutioneller Gerichtsbarkeit angerufen wurden, steht heute das Einsetzen eines Schiedsgerichts – häufig auch in internationalen Streitigkeiten – als Alternative zum staatlichen Gerichtsapparat zur Verfügung.²⁶⁰ Die Parteien geniessen insb. bei der Ausgestaltung des Verfahrens eine grosse Flexibilität, indem ihnen bei *ad-hoc* Schiedsverfahren grundsätzlich die freie Wahl über sämtliche prozessualen Angelegenheiten überlassen wird. Dies als Ausfluss der Parteiautonomie, von welcher die Schiedsgerichtsbarkeit durchgehend geprägt ist, da die Parteien ihren Streit letztlich freiwillig einem Schiedsgericht unterstellen. Die Gerichtskosten in diesem ausserhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit stehenden Verfahren stellen deshalb keine öffentlichen Abgaben dar wie die Gerichtsgebühr im ordentlichen Prozess²⁶¹ und fallen zumindest bei *ad-hoc* Schiedsgerichten entsprechend der von den Parteien gewählten Verfahrensordnung an. Je nach gewählten Schiedsrichtern und deren Stundenansätzen, Auslagen etc. sind die Kosten des Schiedsgerichts höher oder tiefer. Keinen Einfluss auf diese Kosten hat daher grundsätzlich der zugrunde liegende Streitwert.²⁶² 85

²⁶⁰ Zum Begriff und der Definition des Schiedsgerichts vgl. statt vieler BERGER/KELLERHALS, Rz 1 ff.; KUKO ZPO-DASSER, Vor Art. 353–399 N 3 m.w.H.

²⁶¹ BAUMGARTNER, 77.

²⁶² Vgl. BAUMGARTNER, 104 ff., insb. 208 ff. Der Streitwert kann neben anderen Kriterien allenfalls dann eine Rolle spielen, wenn es um die Überprüfung der Angemessenheit des Schiedsgerichtshonorars geht, BAUMGARTNER, 263.

B. Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit

86 Um ein Zurückgreifen auf bereits bestehende Strukturen und Abläufe zu ermöglichen, bieten diverse Organisationen administrierte Schiedsgerichte an (sog. institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit).²⁶³ Durch eine eigene Verwaltung stellen sie einen ständigen Betrieb sicher und haben häufig bei der Bestellung des Spruchkörpers – neben anderen administrativen Aufgaben wie bspw. sämtliche mit den Kosten des Schiedsverfahrens zusammenhängende Belangen – eine wichtige Funktion inne.²⁶⁴ Natürlich gilt es einerseits die entsprechenden Organisationen für ihren Aufwand zu entschädigen; daneben fallen Kosten für die Schiedsrichter inkl. den notwendigen Auslagen, Übersetzungen, Zeugen, Gutachten etc. an. Wie in der staatlichen Gerichtsbarkeit stellt sich die Frage, wie die Höhe der Kosten zu bestimmen ist. Grundsätzlich bietet sich auch hier das Abstellen auf den Streitwert als Anknüpfungskriterium an. Nicht alle Schiedsinstitutionen haben indessen diesen Weg gewählt.

87 Als bekanntes Beispiel einer institutionellen Schiedsorganisationen ist der *International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce* (ICC) in Paris zu nennen. Er sieht in seiner Schiedsordnung (*ICC Rules*) bzgl. der Kosten ein alleiniges Abstellen *ad valorem* vor. Anhand des Streitwerts wird ein Kostenrahmen festgelegt.²⁶⁵ Diese Rahmengebühr wird vom ICC in der Regel nicht unterschritten bzw. auch nur selten überschritten (vgl. Art. 31 Abs. 2 *ICC Rules*).²⁶⁶ Lässt sich der Streitwert nicht bestimmen, setzt der ICC gemäss Art. 2 Abs. 1 des Anhangs III der *ICC Rules* die Kosten nach Ermessen fest. Mit den streitwertabhängigen Kosten sind sowohl die administrativen Aufwendungen – die ebenfalls eine nicht erstattbare Registrationsgebühr

²⁶³ BERGER/KELLERHALS, Rz 22 ff.

²⁶⁴ KUKO ZPO-DASSER, Vor Art. 353–399 N 25 f.

²⁶⁵ Vgl. die Kostentabelle bei SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS, 156, sowie die Kommentierung zur Kostentabelle bei Schütze-REINER/JAHNEL, Anhang III (Kosten und Honorare).

²⁶⁶ HORVATH/KONRAD/POWER, 727.

beinhalten – sowie die Honorare der Schiedsrichter abgedeckt.²⁶⁷ Die Honorarabrechnung der Schiedsrichter erfolgt somit grundsätzlich nicht auf Stundenbasis, sondern basiert auf dem Streitwert. Dennoch versucht der ICC den angefallenen Aufwand sowie die Komplexität eines Falles bei der Kostenfestsetzung innerhalb des verfügbaren Rahmens zu berücksichtigen.²⁶⁸ Eine abweichende Vereinbarung zwischen den Schiedsrichtern und den Parteien ist verboten.²⁶⁹ Dies hat zwar einerseits die Konsequenz, dass die Kosten für ein Schiedsverfahren mehr oder weniger präzise vorhersehbar sind und möglichst attraktiv für die Parteien ausgestaltet werden können, andererseits dürfte dies wohl auch dazu führen, dass renommierte Schiedsrichter ein Mandat ablehnen, weil sie je nach Streitwert eines Falles nicht anhand ihrer üblicherweise veranschlagten Stundentarife abrechnen können.

Einen ähnlichen, allerdings wohl etwas flexibleren Kostenmodus findet man in der Schweiz. Die Handelskammern der Kantone Basel, Bern, Genf, Waadt, Tessin und Zürich erliessen eine eigene, den *UNCITRAL Rules*²⁷⁰ nachgebildete Schiedsordnung (sog. *Swiss Rules of International Arbitration*), welche dem Grundsatz folgt, Aufsicht und Kontrolle des Prozesses auf das Nötigste zu beschränken, um mit einem schlan- 88
ken Verwaltungsapparat auszukommen und die Kosten dadurch möglichst tief zu halten.²⁷¹ Neben einer geringen, streitwertabhängigen Registrationsgebühr für die

²⁶⁷ GOLA/GÖTZ STAEHELIN/GRAF, 133 sowie 96 bzgl. der ebenfalls streitwertbasierenden Kostenaufstellung des *Chinese European Arbitration Centre*, 184 f. bzgl. der *Milan Chamber of Arbitration* mit einem entsprechenden Vergleich bei einem Streitwert von EUR 100'000.-- bzw. EUR 1 Mio., 204 bzgl. des *International Commercial Arbitration Court* von Moskau sowie 227 f. bzgl. des *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*.

²⁶⁸ Vgl. Art. 2 Abs. 2 des Anhangs III der ICC Rules. Vgl. auch SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS, 150; GOLA/GÖTZ STAEHELIN/GRAF, 133.

²⁶⁹ SCHÄFER/VERBIST/IMHOOS, 150 i.f.

²⁷⁰ Die *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) hat für die *Ad hoc*-Schiedsgerichtsbarkeit eine eigene Schiedsordnung ausgearbeitet, welche die Vollversammlung der Vereinten Nationen am 15. Dezember 1976 genehmigt hat (vgl. <http://www.uncitral.org>). Die Kostenfestlegung erfolgt gemäss Art. 38 ff. *UNCITRAL Rules* ebenfalls streitwertabhängig.

²⁷¹ BERGER/KELLERHALS, Rz 27.

Aufwendungen der jeweiligen Handelskammer fällt ein ebenfalls auf dem Streitwert basierendes Honorar für die Schiedsrichter an, wobei jedoch bloss ein Kostenrahmen festgelegt ist, innerhalb dessen das Schiedsgericht selbst aufgrund des angefallenen Aufwands, der Komplexität des Falles sowie nach Ermessen seine Gebühr festsetzt.²⁷² Diese Kostenrechnung muss anschliessend von der Handelskammer überprüft und genehmigt werden (vgl. Art. 40 Abs. 4 *Swiss Rules*). Der Streitwert als den Rahmen festlegendes Anknüpfungskriterium spielt bei der Gebührenberechnung folglich eine zentrale Rolle, wobei die Bandbreite des möglichen Honorars relativ gross ist.²⁷³

- 89 Eine weitere, bekannte Schiedsorganisation ist der *London Court of International Arbitration* (LCIA). Mit seinen *LCIA Rules* schlägt er einen anderen Weg ein als seine kontinentaleuropäischen Konkurrenten: Noch vor Klageanhebung hat der Kläger eine nicht erstattbare Registrationsgebühr von £ 1'750.-- zu bezahlen.²⁷⁴ Erst danach verlangt das Sekretariat von den Parteien einen Vorschuss für die mutmasslichen Prozesskosten. Abgerechnet wird das Honorar der Schiedsrichter ausschliesslich auf Stundenbasis;²⁷⁵ vorgesehen ist ein Stundenansatz von nicht mehr als £ 450.--.²⁷⁶ Daneben veranschlagt das Sekretariat ebenfalls eine auf Stundenaufwand basierende Gebühr für die administrativen Arbeiten.²⁷⁷ Für die Kosten nicht massgebend, zumindest nicht *a priori*, ist demnach der Streitwert. Damit schlägt die englische Schiedsgerichtsorganisation den gleichen Weg ein wie die staatlichen Gerichte in England, die dem Streitwert nur eine beschränkte Rolle beimessen.²⁷⁸

²⁷² GOLA/GÖTZ STAEHELIN/GRAF, 245.

²⁷³ So kann bspw. das Honorar eines Einzelschiedsrichters bei einem Streitwert von Fr. 1 Mio. zwischen minimal Fr. 24'000.-- und maximal Fr. 84'000.-- betragen.

²⁷⁴ Ziff. 1a des *Schedule of Costs of LCIA Arbitration*.

²⁷⁵ Schütze-KONRAD/HUNTER, Einleitung LCIA N 69 sowie Art. 28 LCIA N 3.

²⁷⁶ Ziff. 2a des *Schedule of Costs of LCIA Arbitration*.

²⁷⁷ GOLA/GÖTZ STAEHELIN/GRAF, 158 f.

²⁷⁸ Vgl. dazu die Ausführungen hinten Rz 128 f.

Einen Mittelweg geht die *American Arbitration Association* (AAA), welche ihren administrativen Aufwand bestehend aus einer *Initial Filing Fee* sowie einer *Case Service Fee* anhand des Streitwerts festlegt.²⁷⁹ Hinzu tritt das Honorar der Schiedsrichter basierend auf einer Stundenabrechnung (Art. 32 *International Arbitration Rules* [I-AR]). Der Stundenansatz richtet sich dabei nach dem gleichen Ansatz, den ein Schiedsrichter in der Privatwirtschaft veranschlagt.²⁸⁰ Der Streitwert ist somit nur bzgl. der Administrationsgebühr, nicht aber für die Entschädigung der Schiedsrichter massgebend. In ähnlicher Weise bemessen sich im Übrigen auch die Kosten für ein Verfahren in immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten, welche dem *World Intellectual Property Organization (WIPO) Arbitration and Mediation Center* in Genf unterstellt werden. Eine *Administration Fee* wird anhand des Streitwerts festgelegt und die *Arbitrator Fee* berechnet sich anhand eines streitwertunabhängigen Stundenhonorars von \$ 300–600.--.²⁸¹

C. Kostenverteilung

Betreffend die Verteilung der entstandenen Kosten sehen die meisten Schiedsordnungen vor, dass die unterliegende Partei sämtliche Kosten des Schiedsverfahrens zu tragen hat.²⁸² Die Regelungen überlassen dem Schiedsgericht allerdings häufig einen grösseren Ermessensspielraum, wenn es um die Aufbürdung der Kosten an die unterliegende Partei geht, als es bspw. Art. 106 ZPO vorsieht. Ebenfalls ein äusserst grosses Ermessen besteht bzgl. einer der obsiegenden Partei zuzusprechenden Parteikostenentschädigung. Der Streitwert dient dem Schiedsgericht häufig nur als Orientierungshilfe; die konkrete Festsetzung wird regelmässig vollumfänglich dem Ermessen des

²⁷⁹ Zur Ausgestaltung der *Standard Fee Schedule* und der *Flexible Fee Schedule* sei auf die Seite <http://www.adr.org> verwiesen. Vgl. auch Schütze-THÜMMEL, Art. 31 IAR N 3.

²⁸⁰ GOLA/GÖTZ STAEHELIN/GRAF, 34 mit dem Hinweis auf die genauen Administrativgebühren.

²⁸¹ Siehe die Zusammenstellung unter <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/fees>.

²⁸² Art. 40 Ziff. 1 *Swiss Rules*; Art. 28.2 *LCIA Rules*; Art. 37 Ziff. 4 *ICC Rules*.

Schiedsgerichts überlassen.²⁸³ Da die Streitwerte vor einem Schiedsgericht regelmässig um einiges höher sind als vor einem staatlichen Gericht, fallen die Parteientschädigungen dementsprechend höher aus und die Bandbreite der streitwertabhängigen Tarife für den Parteikostenersatz ist grösser.²⁸⁴

D. Zwischenfazit zum Streitwert in der Schiedsgerichtsbarkeit

- 92 Die gewichtige Bedeutung des Streitwerts hält auch in der heutigen institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit an. Dies jedoch nicht im gleichen Ausmass, wie sie in der Schweizerischen Zivilprozessordnung vorgesehen ist. So kann der Streitwert nur bzgl. der Kosten direkt eine Rolle spielen, wobei nicht alle Verfahrensordnungen an den Streitwert als massgebendes Kriterium für die Honorarberechnung des Schiedsgerichts anknüpfen. Alternativ sehen einige Schiedsordnungen anstelle von Pauschalen aufwandbasierende Honorare vor. Weitere prozessuale Folgen werden mit dem Streitwert in den Verfahrensordnungen grundsätzlich nicht verbunden, da die Verfahrensart und die sachliche Zuständigkeit naturgemäss nicht an den Streitwert anknüpfen können.

²⁸³ Vgl. Art. 37 Ziff. 1 *ICC Rules*, worin ein Ersatz der «angemessenen Aufwendungen der Parteien für ihre Vertretung und andere Auslagen im Zusammenhang mit dem Schiedsverfahren» festgelegt wird. Ähnlich Art. 38 lit. 3 *Swiss Rules* («[...] in der Höhe, die das Schiedsgericht für angemessen erachtet») sowie Art. 28.2 *LCIA Rules*.

²⁸⁴ Eine interessante Statistik zu den Streitwerten in schiedsgerichtlichen Verfahren, insb. auch zum Verhältnis des zugesprochenen Parteikostenersatzes, findet sich in DASSER, *International Arbitration and Setting Aside Proceedings in Switzerland: A Statistical Analyses*, *ASA Bulletin* 3/2007, 444 ff., insb. 467 ff.

§ 5 Anpassungsmöglichkeiten der Streitwertvorschriften

A. Einheitliche Regelung

Nachdem die diversen kantonalen Zivilprozessregelungen durch eine einheitliche, ⁹³ eidgenössische Zivilprozessordnung abgelöst worden sind, lohnt sich als Fortsetzung der historischen Betrachtung ein Blick auf die nunmehr geltenden Streitwertvorschriften in der Schweiz im Zusammenhang mit zukünftigen Anpassungs- und Verbesserungsmöglichkeiten. Denn die verschiedenen kantonalen Regelungen wurden zwar in einem eidgenössischen Gesetz kodifiziert und zivilprozessuale Bestimmungen in materiellrechtlichen Gesetzen (bspw. Art. 343 OR) ebenfalls in die ZPO überführt, eine Zusammenführung mit den Vorschriften für das Verfahren vor Bundesgericht (BGG) fand jedoch nicht statt. Die Streitwertregeln lassen sich daher in zwei verschiedenen Prozessrechtsgesetzen wiederfinden. Die Bestimmungen zum Streitwert unterscheiden sich denn auch in kleinen Nuancen je nachdem, ob man sich vor einer kantonalen Instanz befindet (Anwendung der ZPO) oder ob sich das Bundesgericht mit der Streitsache befasst (Anwendung des BGG).

Obwohl der Gesetzgeber bei Einführung der ZPO grundsätzlich eine Vereinheitlichung ⁹⁴ der verschiedenen Prozessgesetze anstrebte, ergaben sich dennoch gewisse kleinere inhaltliche Unterschiede bei den Streitwertberechnungsvorschriften von Art. 91–94 ZPO und Art. 51–53 BGG, die m.E. zu verhindern gewesen wären. Bereits an dieser Stelle ist zu betonen, dass eine unterschiedliche Handhabung je nach anwendbarer Prozessordnung nicht logisch erscheint und überdies jeglicher sinnvoller Vereinheitlichungsanforderung widerspricht. Besonders zwei Punkte sind herauszugreifen, um der genannten Problematik gewisse Konturen zu verleihen: Einerseits wird nach dem Wortlaut von Art. 51 Abs. 2 BGG der Streitwert nach Ermessen des Bundesgerichts bestimmt, wenn das Begehren nicht auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme lautet. Im Gegensatz zu Art. 91 Abs. 2 ZPO bietet eine übereinstimmende

Schätzung der Parteien zwar einen (immerhin gewichtigen) Anhaltspunkt,²⁸⁵ jedoch fand eine Anpassung an die neue Regelung in der ZPO, wonach das Gericht bei Übereinstimmung der Parteien den Streitwert nur auf offensichtliche Fehlerhaftigkeit überprüfen darf, bzw. eine Übernahme dieser Bestimmung nicht statt. Die Möglichkeit, dass trotz übereinstimmender Angabe der Parteien das Ermessen des Gerichts zum Zuge kommt, scheint nach grammatikalischer Auslegung des BGG somit vor Bundesgericht eher der Fall zu sein als vor kantonaler Instanz.²⁸⁶ Ausserdem kann sich bei Vorliegen einer Widerklage eine kleine Differenz bzgl. der Weiterzugsmöglichkeit ergeben. Art. 94 Abs. 1 ZPO stellt jeweils ohne weitere Voraussetzung auf den Streitwert des höheren Rechtsbegehrens ab. Dies hat zur Folge, dass eine die Streitwertvoraussetzung nicht erreichende Widerklage (oder auch die Hauptklage) trotzdem an die nächste Instanz weitergezogen werden kann, sofern bloss die andere Klage dem Streitwerterfordernis genügt. Im Gegensatz dazu sieht die Regelung in Art. 53 Abs. 1 BGG vor, dass aufgrund ihrer gegenseitigen Unabhängigkeit sowohl die Klage wie auch die Widerklage die Streitwertgrenze von Art. 74 Abs. 1 BGG erfüllen müssen. Die Ausnahme einer Kompetenzattraktion besteht lediglich dahingehend, dass eine Klage bzw. Widerklage mit einem unter dem Mindeststreitwert liegenden Rechtsbegehren dennoch vor Bundesgericht gebracht werden kann, wenn sich die Beschwerde auf beide Klagen bezieht und sich Haupt- und Widerklage gegenseitig ausschliessen (Art. 53 Abs. 2 BGG).²⁸⁷ Mithin wäre ein Weiterzug ans Obergericht in gewissen Konstellationen zwar durchaus möglich, nicht aber ans Bundesgericht. Solche Unterscheidungen sind weder aus sachlichen noch aus formellen Gründen gerechtfertigt. Bereits diese beiden Beispiele zeigen, dass eine Angleichung der beiden Vorschriften sinnvoll wäre.

²⁸⁵ BSK BGG-RUDIN, Art. 51 N 47. Vgl. auch BGE 116 II 379 E. 2b, wonach bzgl. der Streitwerthöhe in erster Linie auf die übereinstimmende Angabe der Parteien abzustellen ist. Zur Regelung in Art. 91 Abs. 2 ZPO vgl. hinten Rz 160 ff.

²⁸⁶ Zur konkreten Ausgestaltung und zum Ermessensspielraum des Gerichts in Art. 91 Abs. 2 ZPO vgl. die Ausführungen hinten Rz 160 ff.

²⁸⁷ Vgl. MEIER, ZPR, 480; BSK BGG-RUDIN, Art. 53 N 10 f.; SHK BGG-GÜNGERICH, Art. 53 N 2 f.; nicht weiter differenzierend SENEL, Rz 274.

Ein weiterer, allerdings geringfügiger, und in der Lehre – soweit ersichtlich – nicht diskutierter Unterschied ergibt sich bei Beurteilung der Streitwertgrenze von Fr. 30'000.-- in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit. Die handelsgerichtliche Zuständigkeit ist unter anderem dann eröffnet, wenn gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen offen steht (Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO), wenn der Streitwert also *mindestens* Fr. 30'000.-- beträgt (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Als minimale Abweichung von dieser Regelung sieht Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO vor, dass eine einzige kantonale Instanz – bei Kantonen mit einem Handelsgericht regelmässig dieses – über Streitigkeiten aus dem UWG zu entscheiden hat, sofern der Streitwert *mehr als* Fr. 30'000.-- beträgt. Damit wäre eine UWG-Streitigkeit über einen Betrag von genau Fr. 30'000.-- nicht vom oberen kantonalen Gericht bzw. Handelsgericht, sondern vom ordentlichen Gericht zu beurteilen, obwohl gegen das Urteil die Beschwerde ans Bundesgericht offen stünde. Es ist davon auszugehen, dass eine solche Differenzierung kaum angestrebt wurde und wohl auf redaktionelle Ungenauigkeiten bei der Ausarbeitung der ZPO zurückgeht. ⁹⁵

Zu ähnlichen Unklarheiten in Bezug auf die Zuständigkeit der Handelsgerichte führt der Verweis in Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO, welcher nicht selbst eine Streitwertgrenze vorsieht, sondern auf die Beschwerdefähigkeit ans Bundesgericht und damit auf die in Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG vorgesehene Streitwertgrenze abstellt. Für die Berechnung des Zuständigkeitsstreitwerts kommen folglich die Art. 51 ff. BGG zur Anwendung, obwohl sich das Verfahren noch vor kantonalem Handelsgericht befindet.²⁸⁸ Unter Umständen können die unterschiedlichen Streitwertberechnungsvorschriften in den beiden Gesetzen sogar zu leicht abweichenden Resultaten führen, wie die soeben erfolgten Ausführungen zeigten. Diese nicht leicht zu erkennende Problematik gälte es sinnvollerweise zu vermeiden, um überraschende Ergebnisse zu verhindern. Eine Vereinheitlichung dieser Punkte drängt sich daher bei einer Revision der ZPO bzw. des BGG auf. ⁹⁶

²⁸⁸ Vgl. zu dieser Problematik insb. die Ausführungen vorne Rz 24 sowie hinten Rz 301.

B. Angleichung der Terminologie

97 Ein weiterer Unterschied zwischen der ZPO und dem BGG ist bei der verwendeten Terminologie auszumachen. Zwar verweist auch Art. 51 Abs. 2 BGG auf «Begehren, die nicht auf die Bezahlung einer bestimmten Geldsumme lauten», was dem Wortlaut von Art. 91 Abs. 2 ZPO entspricht. Abweichend von der einheitlichen Benennung gebraucht aber Art. 65 Abs. 3 lit. a BGG die Terminologie der «Streitigkeiten ohne Vermögensinteressen», wohingegen Art. 308 Abs. 2 ZPO vermögensrechtliche bzw. nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten erwähnt. Gleiches gilt für die im französischen und italienischen Text verwendete Terminologie: Während sowohl in Art. 51 Al. 2 LTF fr. wie auch in Art. 91 Al. 2 CPC fr. die Begriffe «paiement d'une somme d'argent déterminée» bzw. «pagamento di una somma di denaro determinata» (Art. 51 Cap. 2 LTF it. bzw. Art. 91 Cap. 2 CPC it.) verwendet werden, benutzt Art. 65 Al. 3 lit. a LTF fr. den Ausdruck «contestation non pécuniaires» bzw. Art. 65 Cap. 3 lit. a LTF it. «controversie senza interesse pecuniario». Wiederum abweichend davon spricht Art. 308 Al. 2 CPC fr. von «affaires patrimoniales» bzw. «controversie patrimoniali» (Art. 308 Cap. 2 CPC it.).

98 Der Gebrauch solch abweichender Terminologien innerhalb sich entsprechender bundesrechtlicher Vorschriften zum Streitwert – aber sogar auch innerhalb desselben Gesetzes – mag zwar bloss marginaler Natur sein. Dennoch rechtfertigte sich eine Vereinheitlichung in den beiden Gesetzen. Welcher Terminologie dabei der Vorzug gegeben werden soll, ist allerdings schwierig zu beurteilen. Die Bezeichnung «vermögensrechtliche Streitigkeit» dürfte wohl etwas einfacher und kürzer zu verwenden sein, andererseits ist der Wortlaut «Streitigkeit mit bzw. ohne Vermögensinteresse» m.E. etwas präziser, kann damit doch klar ausgedrückt werden, ob das Streitinteresse in einem Vermögensrecht gründet oder nicht. Hierauf ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung letztlich abzustellen.²⁸⁹ Gleiches gilt wohl fürs Französische und Italienische, indem vorzugsweise auf die Begriffe «paiement d'une somme d'argent

²⁸⁹ Zur Unterscheidung zwischen vermögensrechtlichen und nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten vgl. vorne Rz 10 f.

déterminée» bzw. «pagamento di una somma di denaro determinata» abzustellen wäre.

C. Dynamischer Verweis

Gesamthaft betrachtet ist durch die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts auf eidgenössischer Ebene grundsätzlich eine Vereinfachung der Streitwertregeln gelungen. ⁹⁹ Trotzdem ergeben sich wie gezeigt einige Problemfelder, welche es zu verhindern gälte. Denn es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb nun doch gewisse Differenzen zwischen den beiden Streitwertberechnungsvorschriften bestehen sollen. So wäre m.E. einer zukünftigen, durchwegs einheitlichen Lösung *de lege ferenda* starkes Gewicht beizumessen. Insb. in Fällen, in welchen innerhalb des gleichen Verfahrens eine unterschiedliche Berechnungsart zum Zuge kommt, mithin dort, wo für die Weiterzugsmöglichkeit auf die Zulässigkeit einer Beschwerde ans Bundesgericht abgestellt wird,²⁹⁰ sind ungleiche Regelungen unnötig kompliziert und erzeugen Rechtsunsicherheit, weshalb eine Vereinheitlichung angezeigt ist. Aus diesem Grund wird hier für einen dynamischen Verweis im BGG auf die ausführlicheren und neueren Regelungen in der ZPO votiert. Dies gilt zumindest für diejenigen Vorschriften, welche keine Spezialnormierung für den Rechtsmittelstreitwert darstellen.

D. Gravamensystem

Bei der Berechnung des Rechtsmittelstreitwerts existieren zwei grundsätzlich unterschiedliche Möglichkeiten: Einerseits nach dem sog. Gravamensystem, bei welchem ¹⁰⁰ sich der Rechtsmittelstreitwert nach der Differenz – dem Gravamen oder der Beschwer – zwischen dem zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren und dem im vorinstanzlichen Entscheid tatsächlich zugesprochenen Betrag berechnet. Nur wenn dieser Differenzbetrag die geforderte Streitwertgrenze übersteigt, ist das Ergreifen eines Rechtsmittels möglich. Andererseits besteht die Möglichkeit des Abstellens auf

²⁹⁰ So bspw. bei der handelsgerichtlichen Zuständigkeit in lauterkeitsrechtlichen Streitigkeiten, vgl. vorne Rz 24.

die zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren, d.h., der Rechtsmittelstreitwert bemisst sich nach dem dem Gericht zur Beurteilung unterbreiteten Betrag, unabhängig vom letztlich zugesprochenen. Das Gravamen ist deshalb stets kleiner (oder maximal gleich gross bei vollumfänglicher Gutheissung bzw. Abweisung) als der Rechtsmittelstreitwert bei der Berechnung nach dem zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren.²⁹¹

- 101 Obwohl im Bericht zum Vorentwurf der ZPO zunächst ein Rechtsmittelsystem nach dem Gravamenmodell vorgesehen war,²⁹² stiess das System in der parlamentarischen Beratung auf heftige Kritik und wurde schliesslich verworfen. Es wurde befürchtet, dass damit der Zugang zum Rechtsmittel zusätzlich zur erhöhten Rechtsmittelschwelle erschwert würde.²⁹³ Mit diesem Entscheid wurde ausserdem ein Auseinanderklaffen der Streitwertberechnungsvorschriften in der ZPO und im BGG²⁹⁴ verhindert, was zu einer nicht nachvollziehbaren Differenzierung zwischen der Berechnung des Rechtsmittelstreitwerts je nach Rechtsmittelinstanz geführt hätte. Am gewählten System bringen jedoch gewisse Autoren Kritik an:²⁹⁵ Zwar soll mit dem Abstellen auf die noch streitigen Begehren ermöglicht werden, dass die Beschwerdefähigkeit für beide Parteien bereits vor Erlass des letztinstanzlichen kantonalen Urteils festgestellt werden kann. Vollständig erreicht wurde dieses Ziel indessen nicht. Denn durch teilweise Klageanerkennung oder teilweisen Klagerückzug hat es jede Partei in der Hand, bis kurz vor Urteilsberatung den massgebenden Streitwert so zu beeinflussen, dass der Rechtsmittelstreitwert die erforderliche Schwelle unterschreitet und die Beschwerde-

²⁹¹ Zum Gravamensystem im Allgemeinen HESS, 50 ff.; RICKLI, Rz 45 f., sowie ausführlich GOEPFERT, Streitwertberechnung, 35 ff. m.w.H. Letzterer stellt das Gravamensystem insb. aus Sicht des früheren baselstädtischen Zivilprozessrechts dar, welches neben dem Kanton Baselland das Abstellen auf das Gravamen vorsah. Zum bereits im aOG 1874 geltenden Grundsatz, wonach nicht auf das Gravamen abzustellen ist, REICHEL, 64 f.

²⁹² Vgl. Bericht VE ZPO, 48 und 137.

²⁹³ Vgl. den Hinweis in Botschaft ZPO, 7371.

²⁹⁴ A.A. offenbar SHK UWG-SPITZ, Vor Art. 12 N 19, welcher davon ausgeht, dass sich der Rechtsmittelstreitwert vor Bundesgericht nach dem Gravamen richtet.

²⁹⁵ HESS, 51; Geiser/Münch/Uhlmann/Gelzer-MÜNCH/LUCZAK, Rz 2.14; BSK BGG-RUDIN, Art. 51 N 23; POUDRET/SANDOZ-MONOD, Art. 46 N 1.5; WURZBURGER, recours, Ziff. 180.

fähigkeit dahinfällt. Damit kann das Ziel der Vorhersehbarkeit ohnehin nicht vollständig erreicht werden. Das Gravamensystem demgegenüber birgt eine gewisse Problematik in Bezug auf die vorgesehene Möglichkeit der Anschlussberufung: Regelmässig wird eine Anschlussberufung nicht möglich sein, sofern man für diese ebenfalls das Erreichen der Streitwertgrenze voraussetzt, ausser das Gericht entscheidet auf eine teilweise Guttheissung eines Anspruchs über einen Betrag von mehr als Fr. 10'000.-- (bzw. Fr. 30'000.-- für die Beschwerde ans Bundesgericht) oder weist einen Betrag von ebenfalls mehr als Fr. 10'000.-- ab. Ansonsten steht der (teilweise) obsiegenden Partei keine Anschlussberufung offen, da ihr Gravamen die geforderte Streitwertschwelle nicht erreicht. Das Erheben einer Anschlussberufung wäre somit insgesamt schwieriger als beim heute gewählten System. Dies könnte m.E. aber dadurch verhindert werden, indem man die Anschlussberufung analog einer Widerklage unabhängig von ihrem Streitwert zuliesse.

Mit der erfolgten Wahl wurde zwar konsequent das bereits mit dem BGG gewählte System weiterverfolgt. Zu bedenken ist allerdings, dass bereits im Vorentwurf zum BGG eine Abkehr von der damals geltenden Regelung vorgesehen war und das Gravamensystem eingeführt werden sollte. Dies wurde hauptsächlich damit begründet, dass das Interesse einer teilweise obsiegenden Partei, den Prozess (bzgl. der Differenz) vollständig zu gewinnen, nach dem Entscheid der letzten kantonalen Instanz nicht grösser sei als das Interesse einer Person, die vor den kantonalen Gerichten erfolglos den gleichen Betrag eingeklagt habe.²⁹⁶ Dem Unterfangen, das Gravamensystem einzuführen, wurde jedoch letztlich eine Absage erteilt. Die Begründung lautete stets dahingehend, man wolle den Zugang zur Rechtsmittelinstanz nicht noch zusätzlich einschränken.²⁹⁷ 102

²⁹⁶ Botschaft ZPO, 7371 m.w.H.

²⁹⁷ Botschaft ZPO, 7371. Zur Regelung im aOG, welches aufgrund des Bestrebens nach einer einheitlichen Auslegung des eidgenössischen OR von 1883 auf den Zeitpunkt nach Klage und Antwort abstellte, HESS, 52 m.w.H.

Diese Ansicht greift m.E. zu kurz. Es wäre ohne weiteres vertretbar, anstelle einer erhöhten Streitwertgrenze das für sich genommen logische Modell des Gravamens einzuführen. Denn wie bereits aus der historischen Betrachtung hervorgeht, hatte das Einführen einer Streitwertgrenze den (berechtigten) Zweck, eine Überlastung der Gerichte zu verhindern und die ökonomisch «wichtigen» Prozesse von den weniger wichtigen abzugrenzen.²⁹⁸ So sah das gemeine Recht ausdrücklich ein Abstellen auf die *summa gravaminis* vor, was v.a. mit der Entlastungsmöglichkeit der oberen Gerichte zusammenhing.²⁹⁹ Doch nicht nur eine Eindämmung der Falllast sollte damit erreicht werden; auch das Verhindern von übermässigen Kosten für die Parteien (Verhältnis Kosten-Nutzen) wurde damit angestrebt.³⁰⁰ Wird hingegen lediglich auf die zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren abgestellt, fällt die Beschwerde, d.h. die vor Rechtsmittelinstanz streitigen Rechtsbegehren, bei einer teilweisen Guttheissung der Vorinstanz u.U. betragsmässig wesentlich kleiner aus, als zur Ergreifung des Rechtsmittels nötig ist.³⁰¹ Damit wird das Ziel, mittels eines vorausgesetzten Rechtsmittelstreitwerts die oberen Gerichte zu entlasten und nur den ökonomisch gewichtigen Prozessen eine Berufungs- bzw. Beschwerdemöglichkeit mit voller Kognition zu ermöglichen, eindeutig verfehlt. Denn gerade der Weiterzug unbedeutender Teilaspekte soll durch eine Streitwertschwelle verhindert werden. Zumal der eigentliche Vorteil des gewählten Systems, nämlich die möglichst präzise Vorhersehbarkeit einer

²⁹⁸ Vgl. dazu die Ausführungen zur historischen Bedeutung des Streitwerts, vorne Rz 51 ff.

²⁹⁹ Auch sieht bspw. das deutsche Recht in § 511 DZPO bis heute ein Abstellen auf die Beschwerde vor, vgl. Stein/Jonas-GRUNSKY, § 511 N 46 ff.

³⁰⁰ Vgl. vorne Rz 80 ff., insb. Rz 83.

³⁰¹ So etwa wenn z.B. Fr. 40'000.-- vor Vorinstanz strittig waren und diese Fr. 35'000.-- zuspricht. Die Schwelle für eine Berufung (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist damit in jedem Fall (auch für den zum Grossteil Obsiegenden) erreicht, obwohl dem Obergericht auch nur ein bedeutend geringerer Betrag von bspw. Fr. 5'000.-- zur Beurteilung unterbreitet werden kann. So etwa BGer 4A_196/2013 E. 1, in welchem vor Bundesgericht noch lediglich über eine Verweigerung der Entschädigung für Überstunden in der Höhe von Fr. 4'782.-- gestritten wurde, das Bundesgericht aber aufgrund des Streitwerts von rund Fr. 20'000.-- vor Vorinstanz auf die Streitigkeit eintreten musste.

Weiterzugsmöglichkeit, ohnehin nicht vollständig erreicht werden kann.³⁰² Davon schien im Übrigen auch der Gesetzgeber überzeugt gewesen zu sein, nachdem im Vorentwurf der ZPO und des BGG zunächst eine Streitwertberechnung nach dem Gravamen vorgesehen war. Letztlich ist es eher als ein gewisses Misstrauen gegenüber den urteilenden Gerichten zu sehen, die durch einen taktischen Entscheid (Zusprechung eines die Streitwertgrenze nicht überschreitenden Teilbetrags) den Weiterzug ihres Urteils an die obere Instanz mit voller Kognition verhindern könnten.³⁰³ Dieses Misstrauen dürfte indessen kaum gerechtfertigt sein. Demzufolge wäre es m.E. durchaus sinnvoll, anstelle einer (allenfalls weiteren) Erhöhung der Rechtsmittelschwelle Gedanken über einen generellen Wechsel zum Gravamensystem anzustellen.³⁰⁴ Nachdem jedoch bereits beim Erarbeiten des BGG sowie der ZPO das Gravamensystem konsequent abgelehnt wurde und dahingehende Vorschläge stets scheiterten, dürfte eine Anpassung bzw. Neuorientierung am Gravamen politisch nicht mehrheitsfähig sein.

E. Vereinfachung der Streitwertregeln

Vielfach wird die Streitwertberechnung bzw. -bemessung von den Prozessparteien gar nicht als Problem erkannt oder nicht weiter hinterfragt. Aus rechtspolitischer Sicht ist dies grundsätzlich positiv zu werten, denn es spricht für eine gute Akzeptanz der bestehenden Regeln. Trotzdem werden die Streitwertvorschriften wohl häufig auch

³⁰² Gl.M. HESS, 24; BSK BGG-RUDIN, Art. 51 N 23, welcher zu Recht das (Gegen-)Argument ins Feld führt, dass der Gesetzgeber wohl nicht davon ausgegangen sein wird, dass die Vorinstanz bei ihrer Urteilsfindung auf die Verhinderung der Beschwerdefähigkeit schielen würde.

³⁰³ So etwa der Hinweis bei HESS, 50 Fn. 2.

³⁰⁴ Das Gravamensystem befürwortend insb. auch POUDRET, 99 ff, insb. 102, sowie GOEPFERT, Streitwertberechnung, 35 ff., insb. 38. In einem Widerspruch zur Ablehnung des Gravamensystems steht ausserdem die Praxis des Bundesgerichts, wonach bei einer objektiven Klagenhäufung die nicht mehr streitigen Rechtsbegehren nur dann zum Streitwert hinzuzurechnen sind, wenn sie mit den noch streitigen Rechtsbegehren zusammenhängen (BGE 134 III 237 E. 1.2). Dies widerspricht klar Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG und käme dem Gravamen gleich, vgl. insb. vorne Rz 298. Mit entsprechender Kritik an der fortgesetzten bundesgerichtlichen Praxis POUDRET, 99.

unterschätzt und können zu unerwarteten Überraschungen führen. Grösstes Problem stellt dabei die unterschiedliche Berechnungsart bei den verschiedenen Streitwertarten dar, d.h. hauptsächlich dann, wenn sich die Berechnung des Rechtsmittelstreitwerts von demjenigen des Zuständigkeitsstreitwerts unterscheidet. Die Parteien wird dies in der Regel kaum interessieren, da ein Missbrauch der Berechnungsvorschrift von Art. 308 Abs. 2 ZPO – bspw. durch eine teilweise Klageanerkennung oder teilweisen Klagerückzug kurz vor Urteilsfällung, damit der Streitwert unter die Streitwertschwelle von Fr. 10'000.-- fällt, was einen Weiterzug mittels Berufung verunmöglicht – kaum vorkommen dürfte. Vielmehr wird der Streitwert für die Parteien hauptsächlich in Bezug auf die Kostenfolge interessant sein. Freilich erscheint es letztlich nicht konsequent, wenn aufgrund der Spezialvorschrift in Art. 308 Abs. 2 ZPO durch eine Parteihandlung ein von den übrigen Streitwertarten abweichender Streitwert generiert werden kann.³⁰⁵

105

Teilweise noch zu den kantonalen Zivilprozessordnungen findet man in der Literatur den Hinweis, dass der Streitwert grundsätzlich einheitlich zu berechnen sei.³⁰⁶ Diese Forderung, welcher der Gesetzgeber offensichtlich nicht gänzlich nachgekommen ist,³⁰⁷ ist eigentlich durchaus als sinnvoll und nachvollziehbar zu erachten, gibt es doch keinen sachlichen Grund, den Streitwert je nach Funktion unterschiedlichen Berechnungsvorschriften zu unterstellen, zumal die ZPO immer einheitlich nur von «Streitwert» spricht. Wenn immer möglich ist dem Anliegen, den Streitwert nach einheitlichen Kriterien zu berechnen, deshalb auch nachzukommen. Leider entspricht die Forderung aber nicht der Realität, wie insb. ein Blick auf den Berechnungszeitpunkt des Rechtsmittelstreitwerts (Art. 308 Abs. 2 ZPO) zeigt.³⁰⁸ Eine solche Unter-

³⁰⁵ Zur ganzen Problematik hinten Rz 199 ff.

³⁰⁶ SCHAL, Streitwert, 116 mit Hinweis auf die unterschiedliche Berechnung des Rechtsmittelstreitwerts in Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG. Ebenso ZÜRCHER, Streitwert, 494.

³⁰⁷ Siehe ausführlich vorne Rz 46 ff. Die Streitwertbemessung kann zwar anhand einheitlicher Kriterien erfolgen, die Streitwertberechnungsvorschriften sehen hingegen Unterschiede zwischen den einzelnen Streitwertarten vor (insb. bei der Berechnung des Rechtsmittelstreitwerts).

³⁰⁸ Vgl. vorne Rz 46 ff.

scheidung lässt sich nur durch den zeitlichen Aspekt begründen, indem der Rechtsmittelstreitwert seine Wirkungen erst im Rechtsmittelverfahren zeitigt. Sachlich lässt sich eine Differenzierung hingegen kaum rechtfertigen. Eine dahingehende Änderung der Streitwertregeln, wonach keine Unterscheidung je nach Funktion des Streitwerts vorgenommen würde, wäre daher zumindest nicht inkonsequent. Es ist zudem fraglich, ob sich der Gesetzgeber der unterschiedlichen Berechnungsarten und deren Folgen überhaupt bewusst war. Gerade weil das Gravamensystem sowohl bei der Ausarbeitung des BGG als auch der ZPO abgelehnt wurde, wäre eine komplett einheitliche Regelung des Streitwerts – d.h. auch bzgl. dessen verschiedenen Funktionen – sinnvoll, indem der Streitwert unabhängig von dessen Funktion bereits bei Prozessbeginn definitiv festgelegt und davon nicht mehr abgewichen wird. Eine solche Regelung hätte zumindest eine grosse Vereinfachung der Streitwertberechnung zur Folge und der Streitwert liesse sich stets bereits bei Prozessbeginn klar vorhersehen.

Fraglich ist indes, wie dieser Streitwert zu bestimmen wäre. MEYER weist in Bezug auf Immaterialgüterrechtsprozesse zu Recht darauf hin, dass die Parteien zu Beginn eines Verfahrens eher objektive Angaben zum Streitwert machen würden.³⁰⁹ Deshalb würde die Festlegung bei Verfahrensbeginn ohne Berücksichtigung späterer Änderungen am Streitwert kaum mehr zu späteren Missverhältnissen führen. So lässt sich nicht bedingungslos nachvollziehen, weshalb eine anerkannte bzw. zurückgezogene (Teil-) Forderung bei der Berechnung des Rechtsmittelstreitwerts nicht zu berücksichtigen ist,³¹⁰ nachdem auch eine anerkannte Forderung grundsätzlich Eingang ins Dispositiv findet und damit den Streitwert trotzdem beeinflusst bzw. beeinflussen könnte.

F. Trennung der Streitwertarten

Anstelle einer Forderung nach Vereinheitlichung der Streitwertberechnungsregeln könnte sich auch das Gegenteil als sinnvoll erweisen, indem man die verschiedenen Berechnungsvorschriften für die jeweilige Streitwertart – oder zumindest für den

³⁰⁹ MEYER, 563. Ebenso SCHNEIDER/HERGET, Rz 2363.

³¹⁰ Vgl. dazu ausführlich hinten Rz 191.

Gebühren- und Zuständigkeitsstreitwert – auch in einem separaten Erlass (sowie eventuell einem separaten Verfahren) festlegt. Denn es ist doch erstaunlich, dass der Schweizer Gesetzgeber einheitliche Regelungen aufzustellen versucht, dann aber trotzdem Differenzierungen zwischen den verschiedenen Streitwertarten je nach Funktion vornimmt. Um dieser unterschiedlichen Behandlung Rechnung tragen zu können, haben die Nachbarländer Deutschland und Österreich konsequenterweise die Berechnungsvorschriften in jeweils separaten Gesetzen geregelt.³¹¹ So enthält das deutsche GKG ausführliche Berechnungsvorschriften für den Gebührenstreitwert und die DZPO beschränkt sich im Wesentlichen auf Streitwertberechnungsvorschriften für die sachliche Zuständigkeit. Damit kann die Berechnung der beiden Streitwertarten ohne weiteres einen anderen Wert ergeben.³¹² Ein ähnliches Bild zeigt ein Blick nach Österreich. In den Jurisdiktionsnormen werden Spezialvorschriften für die Berechnung des Zuständigkeitsstreitwerts aufgestellt, daneben gelten die Bestimmungen der österreichischen ZPO.³¹³ Damit wird dort eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Streitwertarten ermöglicht, wo der Gesetzgeber eine solche für angezeigt hält.

G. Zwischenfazit zu den Anpassungsmöglichkeiten der Streitwertvorschriften

108 Aufgrund der erstmaligen Vereinheitlichung auf eidgenössischer Ebene erscheinen die Streitwertregeln *de lege lata* durchaus gelungen. Gerade in der Rechtswirklichkeit sehen die Parteien in den entsprechenden Vorschriften nur wenige erhebliche, praktische Probleme, was zu einer mehrheitlichen Akzeptanz geführt hat. Dies zeigt sich unter anderem in den häufig nur knappen Ausführungen der Prozessparteien zum

³¹¹ Vgl. hinten Rz 113.

³¹² Dazu folgendes Beispiel: Klagt ein Kläger auf Räumung und Herausgabe gewerblicher Räume (Miete monatlich EUR 400.--, unbefristetes Mietverhältnis) liegt der Zuständigkeitsstreitwert gemäss §§ 6 und 8 DZPO bei EUR 120'000.-- (max. 25-fache Jahresmiete). Der Gebührenstreitwert beträgt hingegen gemäss § 41 Abs. 1 GKG lediglich EUR 4'800.--, da die einfache Jahresmiete massgebend ist.

³¹³ Hierzu ausführlich im rechtsvergleichenden Kapitel, hinten Rz 112 ff.

Streitwert, aber auch in der mehrheitlich unumstrittenen Behandlung der Streitwertvorschriften (abgesehen vom kritisch beurteilten Gravamensystem) in der Vorlage zur eidgenössischen ZPO. Freilich ist davon auszugehen, dass die Parteien der Streitwertproblematik kein allzu grosses Gewicht beimessen, sondern sich eher auf den materiellen Inhalt des Streits konzentrieren. Die Streitwertberechnung bzw. -bemessung wird weitgehend dem Gericht überlassen, was aufgrund des grossen Ermessensspielraums des Gerichts bei der Bewertung eines (unbezifferten) Streitobjekts auch gerechtfertigt ist. Dies wird zumindest solange gelten, als sich die Gebühren in einem für die Parteien vertretbaren Rahmen bewegen.

Eine dringende, grundlegende Anpassung der Streitwertvorschriften *de lege ferenda* ¹⁰⁹ scheint somit nicht angezeigt. Trotzdem könnten einige Anpassungen diskutiert werden, insb. wenn der Streitwert von verschiedenen Regeln beeinflusst wird, mithin hauptsächlich bei Fragen, welche sich rund um die Streitwertgrenzen stellen. So sind einige Probleme ersichtlich, welche auch aus dem Umstand herrühren, dass z.B. eine handelsgerichtliche Zuständigkeit in der Zivilprozessordnung zunächst nicht vorgesehen und einige Regelungen in der Folge nicht angepasst bzw. vollständig durchdacht worden sind. Eine grundlegende Änderung drängt sich hingegen bei der Vereinheitlichung der Streitwertvorschriften auf: Eine Doppelregelung in der ZPO und im BGG ist aufgrund verschiedener Abweichungen nicht sinnvoll und sollte vorzugsweise durch dynamische Verweise ersetzt werden.

§ 6 Systemvergleichende Betrachtung

A. Der Streitwert als Mittel zur Steuerung des Zugangs zum Gericht

110 Nach der historischen Betrachtung und der Anpassungsmöglichkeiten der Bestimmungen zum Streitwert soll nun ein Schritt weiter gegangen werden und mögliche Alternativen zum aktuellen System, in welchem der Streitwert als Anknüpfungskriterium im Vordergrund steht, dargestellt und gewürdigt werden. Hierfür wird zunächst aufgezeigt, welche grundsätzlichen Möglichkeiten bestehen, sodann wie andere Rechtsordnungen, welche dem Streitwert ein untergeordnetes oder zumindest geringeres Gewicht beimessen, den Zugang zum Gericht kontrollieren. Es sind deshalb zunächst alternative Anknüpfungsmöglichkeiten zum Streitwert aufzuzeigen, was eine Beurteilung des in der Schweiz gewählten Systems ermöglichen soll. In der Folge ist ein Blick über die Grenzen zu werfen und es werden ausgewählte Rechtsordnungen betrachtet.

111 Bei der folgenden Betrachtung ist stets zu bedenken, dass sich jede Rechtsordnung für ein bestimmtes System entschieden hat, welches dazu dient, den Zugang zum Gericht kontrollieren, steuern und v.a. auch beschränken zu können.³¹⁴ Denn ohne solche Regulierungsmassnahmen wäre der Gerichtsapparat schnell überlastet, wohingegen eine zu starke Kontrolle bzw. Beschränkung die Rechtsdurchsetzung verunmöglicht. Ziel jedes Rechtsstaats muss somit sein, dem Rechtssuchenden den Zugang zum Gericht bestmöglich zu gewährleisten, wobei die Effektivität ebenfalls berücksichtigt werden muss.³¹⁵ Wie dieses Ziel zu erreichen versucht wird, hängt indessen vom jeweils gewählten System ab. Die Kontrolle des Zugangs zum Gericht kann dabei grundsätzlich auf drei Ebenen geschehen: Erstens auf der Ebene zwischen dem Gericht und den Parteien (Ausgestaltung der Gebühren und Weiterzugsmöglichkeit), zweitens bei

³¹⁴ Vgl. dazu auch HODGES/VOGENAUER/TULIBACKA, 12.

³¹⁵ Zum Zugang zur Justiz im Allgemeinen vgl. den Bericht der Agentur der europäischen Union für Grundrechte (FRA), Zugang zur Justiz in Europa: Ein Überblick über Herausforderungen und Chancen, Luxemburg 2012.

der Ausgestaltung des Kostenerstattungsrechts zwischen den Parteien (Überbürdung der Prozesskosten auf die unterliegende Partei) und drittens mit einer Regulierung der Beziehung zwischen den Parteien und deren Rechtsvertreter.³¹⁶ Bezüglich letzterer ist zu betonen, dass die Frage, welches Honorar eine Partei ihrem Anwalt schuldet, und die Frage, in welchem Umfang sie von der Gegenpartei hierfür einen Kostenersatz erhält, zwei rechtlich getrennt zu beurteilende Fragen sind.

B. Das streitwertbasierende System

Zunächst sind die Ziele und Merkmale des (hauptsächlich kontinentaleuropäischen) streitwertbasierenden Systems zu betrachten. Im Vordergrund bei der Wahl des Streitwerts als Anknüpfungskriterium steht hauptsächlich das Ziel, Aufwand und Ertrag sämtlicher Prozessbeteiligten bei der Durchsetzung einer Forderung in ein vorbestimmtes, als angemessen erachtetes Verhältnis zu setzen. So ist ein Verfahren vor dem Gesamtgericht in Fünferbesetzung aus nachvollziehbaren Gründen teurer als vor dem Einzelrichter.³¹⁷ Der Streitwert soll hierzu eine einfache, leicht zu handhabende und vorhersehbare Möglichkeit bieten, die Kosten eines Prozesses zu pauschalisieren. Geschützt werden sollen damit sowohl die Parteien, indem ihre Kosten und ihr Aufwand in einem vorhersehbaren und adäquaten Verhältnis zum Ertrag stehen, als auch der Gerichtsapparat, dessen Kosten zwar zum grossen Teil durch die Allgemeinheit zu decken sind, aber auch im Sinne des Verursacherprinzips zumindest teilweise dem Rechtssuchenden überwälzt werden sollen. Man spricht deshalb in Bezug auf die Kostenmitübernahme durch den Staat von einem gemischten System.³¹⁸ Als Mittellösung soll die staatliche Rechtspflege nicht unentgeltlich sein und den Staatsapparat steuerlich nicht übermässig belasten, andererseits soll der Staat aber darauf hinzielen, den Zugang zum Gericht zu gewährleisten und die Verfahrenskosten dem Rechtssu-

³¹⁶ Die in der entsprechenden Literatur häufig aufgegriffene Thematik der Prozesskostenfinanzierung durch Dritte, welche ein Kostenregime ebenfalls beeinflusst, soll vorliegend ausser Acht gelassen werden.

³¹⁷ Vgl. auch RICKLI, Rz 37.

³¹⁸ FISCHER, 9.

chenden in einem tragbaren Rahmen aufzuerlegen. Damit kann dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die staatliche Rechtsprechungsaufgabe sowohl im Gesamt- wie auch im Einzelinteresse der Bürger liegt und Rechtssicherheit gewährleistet wird.³¹⁹

- 113 Festzustellen ist, dass viele europäische Staaten – im Besonderen solche, welche dem *civil law* unterliegen³²⁰ – ein vergleichbares, streitwertbasierendes System der Kostenfestsetzung bzw. der Kostenverteilung kennen. Wirft man einen Blick über die Grenzen, so haben insb. die Nachbarländer Deutschland und Österreich ein ähnliches System wie die Schweiz gewählt,³²¹ was aufgrund der historischen kontinentaleuropäischen Entwicklung nicht weiter verwundert. Auch in diesen beiden Staaten werden die Gebühren grundsätzlich als Pauschalen anhand des im Streit liegenden Betrags bestimmt und auch die Zuständigkeit sowie Weiterzugsmöglichkeit für einen Rechtsstreit basieren auf gewissen Streitwertgrenzen. Unterschiede zum schweizerischen System sind v.a. in der viel detaillierteren Regelungsdichte zum Streitwert bzw. zur Kostenausgestaltung sowie im Verfahren, wie der Streitwert und die Kosten festgesetzt werden, auszumachen. Gerade bei der Kostenfestsetzung ist in den ausführlichen Vorschriften ein gewichtiger Vorteil im Vergleich zur Schweiz zu sehen. So führt insb. ein detailliertes Gesetz über die konkrete Kostenfestlegung (GKG) zu einer erhöhten Vorhersehbarkeit und damit Rechtssicherheit bzgl. der möglichen Prozesskosten.³²²

- 114 In Deutschland wird im Urteil grundsätzlich nur das Verhältnis zwischen Obsiegen und Unterliegen festgelegt (vgl. Art. 103 ff. DZPO, insb. Art. 104 DZPO, sog. Kostengrundentscheidung). Die Kostenfestsetzung selbst erfolgt normalerweise im anschließenden Kostenfestsetzungsverfahren durch den Rechtspfleger (§ 21 RpfLG), der

³¹⁹ Vgl. FISCHER, 9.

³²⁰ Zur Bedeutung des Streitwerts im *common law* vgl. hinten Rz 123 ff.

³²¹ Vgl. nur § 3 Abs. 1 GKG. Zu den Prozesskosten in Deutschland und Österreich im Allgemeinen, ADELMANN-PÉNTEK, 78 ff. und 83 ff.

³²² Bei der Gebührenstreitwertfestlegung gehen dabei die Vorschriften des GKG vor und nur subsidiär ist auf die Regeln der DZPO abzustellen, vgl. Stein/Jonas-ROTH, § 2 N 1.

sich an die genauen Berechnungsvorschriften des GKG zu halten hat.³²³ Aufgrund der umfassenderen Normierung von Streitwertberechnungsvorschriften nehmen das deutsche und auch das österreichische Recht im Vergleich zur Schweiz auch eine erheblich stärkere Differenzierung zwischen den verschiedenen Streitwertarten vor.³²⁴ Die Prozesskosten bewegen sich hingegen etwa im gleichen Rahmen. Bemerkenswert ist, dass in Deutschland ein maximaler Streitwert von EUR 30 Mio. vorgesehen ist (§ 39 Abs. 2 GKG),³²⁵ was mit einer maximal möglichen Gebühr bzw. Parteientschädigung einhergeht. Eine solche Regelung ist Österreich und der Schweiz fremd. Die Gerichtskosten in Österreich fallen überdies im Allgemeinen eher höher aus als in Deutschland und der Schweiz. Dies führt dazu, dass die Einnahmen des österreichischen Gerichtssystems sogar kostendeckend sind, wobei dieses Resultat hauptsächlich auf den Umstand zurückzuführen ist, dass in Österreich der ganze Verkehr mit den

³²³ Vgl. BREYER, 69 und 157 ff.; HILLACH/ROHS, 479; DÖRNDORFER, Rz 49 ff.; HODGES/VOGENAUER/TULIBACKA, 364; SIEGEL, 30; SCHNEIDER, Verfahren, 801. Die Kostenfestsetzung im dem Urteil folgenden Kostenfestsetzungsverfahren ist äusserst rechenintensiv und bestimmt sich insb. anhand der von den Rechtsvertretern bereits geleisteten Arbeiten sowie dem Stand des Verfahrens. Für bestimmte Handlungen (z.B. Beweisabnahme) wird jeweils ein entsprechender Multiplikator der Grundgebühr verwendet (vgl. Anhang 1 zum GKG). Diese Art der Entschädigung kann unter Umständen einen Rechtsvertreter zu einem längeren Prozessieren als nötig verleiten bzw. die Vergleichsbereitschaft aus Kostengründen und zu Ungunsten des Klienten vermindern.

³²⁴ So wird insb. zwischen dem Gebührenstreitwert, der jeweils in einem eigenen Gesetz geregelt ist (u.a. Gerichtsgebühren- bzw. Gerichtskostengesetz), und dem Zuständigkeitsstreitwert (vgl. Jurisdiktionsnormen [JN] in Österreich) unterschieden. ROTH verwendet denn auch den Begriff des «normativen Streitwerts», wenn für bestimmte Fälle Spezialvorschriften zur Streitwertfestlegung gesetzlich normiert sind, ROTH, 561 m.w.H. Vgl. auch Stein/Jonas-ROTH, § 2 N 8; RICKLI, Rz 50 ff. m.w.H. Der Begriff fand bisher insb. aufgrund der geringeren Regelungsdichte keinen Eingang in die schweizerische Literatur zum Streitwert. Generell fallen die Vorschriften zur Streitwertberechnung in Deutschland viel differenzierter aus. Insb. eine Vorschrift wie § 16 GGG, in welcher ein vorgegebener, einheitlicher Streitwert für nur schwierig zu bestimmende, unbezifferte Klagen festgelegt wird, erscheint begrüßenswert, um die Vorhersehbarkeit auch hier zu gewährleisten. So veranlasst bspw. in der Schweiz die Streitwertbestimmung beim Arbeitszeugnis (vgl. hinten Rz 237 f.) immer wieder neue Diskussionen, da das Bundesgericht trotz offensichtlichem Bedürfnis von einer konkreten Bestimmbarkeit absieht.

³²⁵ Vgl. SCHNEIDER/HERGET, Rz 6214; MEYER, § 39 N 2 m.w.H.; HODGES/VOGENAUER/TULIBACKA, 363 m.w.H.

verschiedenen Registern über die Gerichte abgerechnet wird und die erhobenen Gebühren in die Gerichtskassen fliessen.³²⁶

- 115 Dem streitwertbasierenden System immanent ist ausserdem das Unterliegensprinzip (*loser pays rule* oder *cost follow the event*)³²⁷. Jede Partei trägt in einem Verfahren das Risiko, im Falle des Unterliegens zur Erstattung der Prozesskosten der Gegenpartei verpflichtet zu werden (vgl. Art. 106 ZPO).³²⁸ Neben den eigenen Parteikosten kommen für den Fall des Unterliegens noch die Kosten des gegnerischen Rechtsvertreters sowie die Gerichtskosten hinzu. Für beide Parteien besteht folglich ein nicht unerhebliches Kostenrisiko, was leichtfertiges Prozessieren verhindern soll. Dies mag auf den ersten Blick wenig klägerfreundlich erscheinen und kann im gewählten System leicht hin als pönales Element gesehen werden.³²⁹ Es ist jedoch zu bedenken, dass der Kläger im Fall des Obsiegens auch seine hauptsächlich durch die Gegenpartei verursachten Kosten zumindest zu einem gewissen Teil wieder erstattet erhält. Ein Verzicht auf eine Kostenrückerstattung kann insofern noch viel mehr vom (berechtigten) Klagen abhalten, nachdem der Kläger in jedem Fall auf seinen Auslagen sitzen bleiben würde.
- 116 Zuletzt ist nochmals der m.E. entscheidende Vorteil des streitwertbasierenden Systems zu unterstreichen: Streitwertabhängige Kosten heisst stets auch Transparenz und damit Vorhersehbarkeit.³³⁰ Jede Partei weiss bereits zu Prozessbeginn, wie hoch

³²⁶ Vgl. BÜHLER, Die Schweizer Gerichte im europäischen Vergleich, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2011/2, Rz 4 mit Verweis auf den Bericht 2010 (Daten 2008) Ziff. 3.5. der *Commission européenne pour l'efficacité de la justice*.

³²⁷ Vgl. hierzu auch SCHWENZER, 418. Teilweise auch als Veranlassungsprinzip bezeichnet, STAEHELIN/SUTTER, § 15 N 9.

³²⁸ BREYER, 107; ADAMS, 225. Vgl. insb. auch SELLERT, 509 mit Hinweisen auf die Kritik am System der Kostenerstattung. Die Kritik läuft hauptsächlich darauf hinaus, dass jede Streitigkeit ein gewisses aleatorisches Element innehave und es i.d.R. keine von vornherein für eine Partei vorhersehbare, feststehende und «richtige» Entscheidung gebe. Der Prozess als Möglichkeit zur Lösung sozialer Konflikte komme schliesslich beiden Parteien gleichermassen zu, weshalb eine Verteilung der Kosten nach dem Verursacherprinzip kein überzeugendes Argument sei.

³²⁹ Ausführlich zur historischen Entstehung sowie zum pönalen Element mit entsprechender Kritik, SELLERT, 509 ff.

³³⁰ Vgl. auch HODGES/VOGENAUER/TULIBACKA, 351; ebenso RICKLI, Rz 37.

die ungefähren Prozesskosten im Fall des Unterliegens mutmasslich sein werden; das Gericht hat die nicht anwaltlich vertretenen Parteien sogar von Amtes wegen darüber aufzuklären (Art. 97 ZPO). Auf der anderen Seite weiss auch die Prozesspartei, welche sich gute Prozesschancen ausrechnet, i.d.R. bereits bei Prozessbeginn, wie gross ihre Parteientschädigung bei vollständigem Obsiegen ungefähr ausfallen wird. Damit kann sie in etwa abschätzen, ob sich der Beizug eines Rechtsvertreters, der auf Basis eines Stundenlohns abrechnet, lohnt. Der Streitwert dient dabei als einfach zu handhabendes und damit praktikables Anknüpfungskriterium zur Berechnung der Prozesskosten. Die Voraussehbarkeit dieser Kosten macht das Prozessrisiko kalkulier- und damit auch kontrollierbar. Zudem bleiben die Kosten stets in einem bestimmten Verhältnis zum eingeklagten Betrag, weshalb die Kosten letzteren grundsätzlich nicht überschreiten können. Die Vorhersehbarkeit der Kosten ist dem streitwertbasierenden System immanent und soll als gewichtiger Vorteil – neben dem adäquaten Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag – bei der Auslegung der Bestimmungen zum Streitwert stets berücksichtigt werden.³³¹

C. Alternative Möglichkeiten

I. Berechnung nach Aufwand

Ähnlich wie bereits während Geltung des römischen gemeinen Rechts – und teilweise (z.B. im Kanton Bern) sogar noch bis ins 18. Jahrhundert³³² – besteht die Möglichkeit, sämtliche Handlungen des Gerichts und der Parteivertreter nach Aufwand abzurechnen, unabhängig vom eingeklagten Betrag (analog dem Sportelsystem).³³³ Diese Variante hätte eine gänzliche Entkoppelung vom Streitwert zur Folge, zumindest was die Kosten anbelangt. Damit könnten die tatsächlich verursachten Aufwendungen verrechnet werden und das schemenhafte Kriterium des Streitwerts würde durch das in der Privatwirtschaft übliche Abrechnen nach Aufwand ersetzt. Der Vorteil bestünde

³³¹ Vgl. die Schlussfolgerungen hinten Rz 137 ff.

³³² FISCHER, 8 m.w.H.

³³³ Vgl. vorne Rz 53 ff., insb. Rz 57.

in einer weitgehenden Kostentransparenz und im Umstand, dass das Gericht Personal und Ressourcen planen könnte, sowie in einer strikteren Verfolgung des Verursacherprinzips. Selbst wenn die Gebühren für die gerichtlichen Handlungen nicht kostendeckend wären, bedeutete ein (vermehrtes) Auferlegen der Kosten gegenüber dem Verursacher bzw. Benutzer der staatlichen Leistung für den Steuerzahler einen erheblichen Vorteil. Ein entscheidender Nachteil bei einer Abrechnung nach Aufwand wäre allerdings das Verursachen grosser Kosten für Streitigkeiten, welche nur einen geringen Forderungsbetrag betreffen, sowie die Unübersichtlichkeit und Komplexität eines Abrechnungsverfahrens. Nur schon aufgrund des Kostenvorschusses würde der Zugang zum Gericht faktisch enorm erschwert. Einer übermässigen Kostenfolge könnte indes ein tieferer Sozialtarif abhelfen. Fraglich bleibt aber, wie die Qualität der gerichtlichen Entscheidungen ausfiele: Nur bei Verfahren mit nicht unerheblichen Streitwerten könnte ein adäquater Aufwand betrieben werden, um keine den Wert des Streitobjekts übersteigenden Kosten zu generieren. Der Streitwert bliebe diesfalls gleichwohl indirekt bedeutend. Dies hätte einen tiefgreifenden Vertrauensverlust in die Justiz sowie eine grosse Unzufriedenheit zur Folge, da bei tiefen Streitwerten – zumindest bei nicht vollständigem Obsiegen – ein Grossteil der eingeklagten Streitforderung bereits für Gebühren aufgebraucht würde, was die Rechtsdurchsetzung sicherlich erschweren würde. Auch eine Weiterzugsmöglichkeit wäre davon abhängig, ob eine Partei bereit wäre, einen weiteren Anteil am eingeklagten Betrag in den Justizapparat zu «investieren». Folge wäre wohl, dass sich das Anrufen des Gerichts nur bei liquiden Forderungen lohnen würde. Vorteilhaft in Bezug auf die Rechtsdurchsetzung wäre hingegen, dass grundsätzlich jede Streitigkeit – bei genügend vorhandenen liquiden Mitteln – weiterziehbar sein müsste, da das Gericht so oder anders für seinen Aufwand entschädigt würde. Dies sollte eine automatische und optimalere Ressourcenallokation im gesamten Gerichtsapparat zur Folge haben.

- 118 Ein möglicher Anwendungsbereich leistungsabhängiger Gebühren wäre z.B. bei solchen Streitigkeiten zu sehen, welche keine auf Geld lautende Forderung beinhalten. Gerade bei immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten muss eine Streitwertbemessung vielfach undifferenziert und ohne bezifferte Anhaltspunkte vorgenommen werden,

sodass sich ein Abstellen auf den angefallenen Aufwand – sowohl in Bezug auf die Gerichtsgebühr wie auch die Parteikosten – rechtfertigen liesse.³³⁴ Auch weil Immaterialgüterrechtsstreitigkeiten regelmässig vor eine einzige kantonale Instanz zu bringen sind (vgl. Art. 5 Abs. 1 ZPO) und der Streitwert die Schwelle von Fr. 30'000.-- meistens übersteigt, spielt der Verfahrens- und Zuständigkeitsstreitwert nur eine untergeordnete Rolle, weshalb sich einzig die Prozesskosten nach einem nur schwierig zu beziffernden Streitwert zu richten haben. Um dieser Bemessungsschwierigkeit abzuhelpen, wäre in solchen Fällen ein Abrechnen nach tatsächlich angefallenem Aufwand durchaus eine Überlegung wert und *de lege ferenda* zumindest prüfenswert.³³⁵

Zu beachten ist schliesslich, dass bereits im heutigen Zivilprozessrecht eine separate 119
Überbürdung von Auslagen auf die Parteien grundsätzlich möglich ist.³³⁶ So können neben der Entscheidgebühr nach Art. 95 Abs. 2 ZPO die Kosten der Beweisführung (lit. c) und für die Übersetzung (lit. d) separat abgerechnet werden. Die restlichen Auslagen des Gerichts (Kosten für Schreiarbeiten, Telefonspesen, Vorladungen, Zustellungen, Fristerstreckungen, Grundbuchgebühren etc.) sind jedoch mit der Entscheidgebühr abgegolten und können den Parteien nicht zusätzlich auferlegt werden.³³⁷ Diese recht umfassende Pauschalierung ist im Vergleich zu den kantonalen Zivilprozessordnungen häufig neu, sodass die Kantone die pauschale Entscheidgebühr nach oben angepasst haben. Im Vernehmlassungsverfahren wurde das Pauschalsys-

³³⁴ Dies wird z.B. von MEYER, 562, gefordert mit der Begründung, es trage dem Umstand Rechnung, dass die Anwälte ebenfalls nach Stunden abzurechnen pflegten.

³³⁵ Ebenso SCHAI, Streitwert, 132 Fn. 95, welcher insb. auch auf die Abrechnung der Parteikosten nach Arbeitsaufwand im Sozialversicherungsrecht hinweist. Ebenfalls hält MEYER, 562, zumindest in Immaterialgüterrechtsprozessen eine Entkoppelung vom Streitwert und Abrechnung nach Stundenaufwand für eine durchwegs gangbare Lösung. Dass der vorgeschlagene Ansatz durchaus praktikabel wäre, zeigt im Übrigen ein Blick auf das englische Recht, vgl. hinten Rz 128 f.

³³⁶ Vgl. bspw. das Reglement über die Verwaltungsgebühren des Bundesgerichts (SR 173.110.210.2), gemäss welchem verschiedene Auslagen separat in Rechnung gestellt werden dürfen.

³³⁷ Statt vieler BSK ZPO-RÜEGG, Art. 95 N 6.

tem allerdings mehrheitlich begrüsst, da es eine erhebliche Vereinfachung gegenüber einer detaillierten Gebührenaufstellung mit sich bringe.³³⁸ Der Trend im schweizerischen Zivilprozessrecht bewegt sich somit eher weg von der Berechnung nach Aufwand hin zu einem vereinfachten Pauschalsystem.

II. Alleinige richterliche Ermessenskompetenz

120

Eine ebenfalls vertretbare Möglichkeit wäre, von einer rein formalen Bewertung einer Streitigkeit mittels Abstellen auf den Streitwert abzusehen und dem Gericht die alleinige Kompetenz zukommen zu lassen, die Streitigkeit nach seinem Ermessen zu gewichten. Es obläge dem Gericht, ohne Rücksicht auf den Streitwert, welcher nur, aber immerhin, einen Faktor für die «Wichtigkeit» eines Streits darstellt, den Streit zu bewerten und aufgrund dieser Ermessensentscheidung die Prozesskosten sowie u.U. die Rechtsmittelmöglichkeit festzulegen. Als massgebende Kriterien könnten dabei die Wichtigkeit des Prozesses für die Parteien, der Aufwand sämtlicher Beteiligter sowie die rechtliche Komplexität herangezogen werden. Damit könnte insb. in grossen Fällen sämtlichen Umständen Rechnung getragen werden und eine einzelfallgerechte Beurteilung wäre möglich. Der dem Richter eingeräumte grosse Ermessensspielraum ginge jedoch mit einem gewissen Willkürpotenzial einher und liesse das Vertrauen des Unterliegenden in eine objektive Beurteilung der richterlichen Behörde wohl sinken, da eine Gleichbehandlung ähnlicher Fälle nicht mehr gleich gut zu erreichen wäre. Zudem wird dem Gericht bereits im streitwertbasierenden System ein grosser Ermessensspielraum eingeräumt, indem regelmässig nur Bandbreiten für die Gebühren angegeben werden, innerhalb derer es eine konkrete Gebühr festzulegen gilt. Bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist dieses Prinzip der alleinigen richterlichen Ermessenskompetenz bei der Gebührenfestlegung bereits weitgehend verwirklicht.³³⁹

³³⁸ Botschaft ZPO, 7292.

³³⁹ Vgl. vorne Rz 17 ff.

Eine weitere Problematik ist jedoch in der Kontrolle und Beschränkung der Weiterzugsmöglichkeit zu sehen. Dem Gericht alleine – entweder dem erst- oder zweitinstanzlichen – die Gewichtung einer Streitigkeit zu überlassen, hiesse auch, die Weiterzugsmöglichkeit von der entscheidenden Instanz selbst abhängig zu machen. Das richterliche Ermessen als Anknüpfungskriterium für eine Rechtsmittelmöglichkeit ist allerdings nur schwierig nachvollziehbar und eher als sachfremd zu beurteilen. Dass aber auch ein vergleichbares Modell praktikabel wäre, zeigt ein Blick auf das amerikanische Rechtssystem.³⁴⁰ 121

III. Weitgehende Gebührenfreiheit

Obwohl diese letzte Variante beim durchschnittlichen Steuerzahler kaum auf Zustimmung stossen dürfte, sei trotzdem noch die Möglichkeit des (gänzlichen oder weitgehenden) Verzichts auf die Erhebung von Gerichtsgebühren zu erwähnen. Ein solches System wäre keineswegs neu. Das klassische römische Recht kannte im sog. Formularprozess weder Gerichtskosten noch Sporteln.³⁴¹ Vom Gesichtspunkt der Rechtsweggarantie und der Ermöglichung des Zugangs zum Gericht ist dies ein äusserst geeignetes Mittel, um sämtlichen Bürgern den Zugang zum Gericht zu gewährleisten. Trotzdem mussten die Römer dannzumal dafür besorgt sein, dass die Gerichte nicht mit einer Unmasse leichtfertiger und schikanöser Prozesse überflutet wurden.³⁴² 122

³⁴⁰ Vgl. hinten Rz 123 ff.

³⁴¹ SCHOTT, 145.

³⁴² Um dies zu verhindern, nahm u.a. der Prätor eine wichtige Rolle ein, indem er vor einem allfälligen Gerichtsverfahren die Zulässigkeit der Klage formell prüfte und diese nur bei Erfüllung sämtlicher Voraussetzungen den Richtern vorlegte. Anhand zahlreicher Gründe zeigt aber SCHOTT auf, dass es sich bei der Aufgabe des Prätors im Formularprozess nicht bloss um ein Prüfen der formellen Voraussetzungen handelte, sondern dieser die Verhandlungswürdigkeit einer Sache insgesamt untersuchte. Mithin hatte der Prätor die Aufgabe, schikanöse Prozesse zu verhindern, indem er eine Art «Vorprüfung» des Streits vornahm und somit für eine unabdingbare Entlastung der Gerichte sorgte. Seine Kognition reichte dabei häufig über die Prüfung formeller Voraussetzungen hinaus, sodass sich der Schwerpunkt des römischen Prozesses in dieses Vorprüfungsverfahren verlagerte, vgl. SCHOTT, 148 ff., sowie ausführlich vorne Rz 54.

Aus heutiger Sicht wäre die Wahl eines solchen Systems zumindest in der Schweiz wohl nicht mehrheitsfähig. Gerade aufgrund des stetigen Spardrucks auf die Verwaltung wäre ein gänzliches Abschaffen von Gebühren für sämtliche gerichtlichen Tätigkeiten politisch kaum durchsetzbar, führte dies doch zu einer enormen Mehrbelastung des Gerichtswesens und es wäre mit einem Ausbau des Justizapparats zu rechnen.³⁴³ Insb. würde der Anreiz, zuerst eine aussergerichtliche Einigung zu finden, weitgehend verloren gehen, und auch querulatorischen Eingaben wären keine Grenzen mehr gesetzt. Es müsste ein radikaler Ausbau der Schlichtungsbehörden erfolgen, um möglichst viele (ungerechtfertigte) Klagen bereits im Voraus zu verhindern, was aber dennoch eine massive Mehrbelastung der Rechtsmittelinstanzen nicht verhindern könnte. Ein gänzliches Absehen von Gerichtsgebühren erscheint deshalb nicht sinnvoll. Denn auch im streitwertbasierenden System sind die veranschlagten Gebühren meistens so ausgestaltet, dass sie bzgl. eines Weiterzugs lediglich eine geringe Abschreckungswirkung haben.³⁴⁴ Die Möglichkeit der Prozessgestaltung ohne jegliches Anknüpfungskriterium bzgl. Gebühren- sowie Rechtsmittelstreitwert wäre deshalb kaum verwirklichtbar. Soweit ersichtlich sieht denn auch keine Rechtsordnung einen gänzlich gebührenfreien Zugang zum Gericht vor.³⁴⁵

D. Rechtsvergleichende Betrachtung

I. Das amerikanische Modell

123

In Bezug auf die Ausgestaltung der Prozesskosten haben die USA einen anderen Weg eingeschlagen als die in Kontinentaleuropa vorherrschenden, streitwertbasierenden Pauschalgebühren. Im Gegensatz zu den hohen Anwaltskosten spielen die Gerichtskosten nur eine untergeordnete Rolle im Rahmen des finanziellen Aufwands bei

³⁴³ Vgl. FISCHER, 7.

³⁴⁴ Hierzu ist auf Ziff. 3.1.4 des Berichts der Agentur der europäischen Union für Grundrechte (FRA), Zugang zur Justiz in Europa: Ein Überblick über Herausforderungen und Chancen, Luxemburg 2012, zu verweisen. Vielmehr fallen andere Zugangsbeschränkungen wie z.B. eingeschränkte Kognition, zu kurze Verjährungsfristen etc. ins Gewicht.

³⁴⁵ Vgl. aber hinten Rz 130 f.

Rechtsstreitigkeiten. Während in der Schweiz bei hohen Streitwerten die Gebühren durchaus eine nicht unbeachtliche Höhe erreichen können, sind diese in den USA zumeist minimal.³⁴⁶ Die Gerichtskosten sind weitgehend von der Höhe des Streitwerts unabhängig; bei Klageeinleitung ist lediglich eine geringe, streitwertunabhängige *filing fee* zu bezahlen.³⁴⁷ Daneben fallen Kosten für verschiedene Auslagen wie Kopien, Dolmetscher, gerichtlich bestellte Sachverständige oder Suchanfragen sowie Gebühren für das Stellen bestimmter förmlicher Anträge (*motions*) oder das Verlangen einer Hauptverhandlung vor Geschworenen (*jury trial*) an.³⁴⁸ Damit werden die Gerichtskosten in einem Prozess weitgehend vernachlässigbar und das Kostenrisiko beschränkt sich auf das Anwaltshonorar, das den Löwenanteil ausmacht. Der Grund, dass Prozessieren in den USA trotzdem sehr teuer werden kann, liegt hauptsächlich in einem anderen Rollenverständnis des Gerichts, in welchem der Richter nur wenig verfahrensleitend einwirkt. Vielmehr müssen die Parteien und ihre Anwälte tätig werden und an den vorprozessualen Beweiserhebungsverfahren (*pre-trial discovery*) oder etwa an den aufwendigen Hauptverhandlungen (*trials*), welche vor Geschworenen stattfinden können, mitwirken.³⁴⁹ Die Kosten fallen daher weniger beim (mehrheitlich passiven) Gericht an, sondern bei dem (faktisch zwingenden) Beizug der Parteivertreter.

Auch bzgl. Parteikostenersatz haben die USA ein anderes System gewählt: Während 124 in den meisten europäischen Zivilprozessordnungen die Erstattung von Anwaltskosten nach gesetzlich geregelten, streitwertabhängigen Gebühren erfolgt (*loser pays*-

³⁴⁶ SCHÜTZE, Rz 314; SCHACK, Rz 19.

³⁴⁷ NEUFANG, 34. Für die Bundesgerichtsbarkeit und die Gerichte der Einzelstaaten existieren jeweils gesonderte Regelungen. Vor Bundesgericht hat der Kläger bspw. eine *filing fee* von USD 350.-- zu bezahlen (28 USC § 1914 lit. a), vgl. HODGES/VOGENAUER/TULIBACKA, 359 m.w.H. Vor den ordentlichen Gerichten der Einzelstaaten beträgt die Gebühr (teilweise abhängig vom Streitwert) ungefähr zwischen USD 180.-- und 335.--, vgl. BOLT, 5 mit Verweis auf die Gebührentabellen der *Judicial Conference of the United States* sowie auf die verschiedenen Gebührentarife in den einzelnen Staaten. Vgl. ebenfalls SCHACK, Rz 19 m.w.H.

³⁴⁸ BOLT, 5 ff.; BREYER, 77.

³⁴⁹ BOLT, 8 ff., insb. zu den Unterschieden zum deutschen Zivilprozess. Zur Stellung des Gerichts, SCHACK, Rz 148 ff.

Regel), fehlen in den USA wie auch in vielen anderen ausländischen Rechtsordnungen entsprechende Regelungen.³⁵⁰ Aufgrund des dem amerikanischen Recht zugrunde liegenden *common law* hat grundsätzlich jede prozessierende Partei ihre eigenen Parteikosten, d.h. insb. die hauptsächlich ins Gewicht fallenden Kosten für ihren Rechtsvertreter, selbst zu tragen (sog. *American Rule*); zumindest soweit keine Ausnahme besteht.³⁵¹ Begründet wird die amerikanische Methode vom *Supreme Court* hauptsächlich mit drei Argumenten: Erstens sei der Zivilprozess stets eine ungewisse Sache, weshalb eine unterliegende Partei nicht mit der Auferlegung der Kosten bestraft werden dürfe. Zweitens soll auch der Arme ohne Angst vor auf ihn zukommenden Prozesskosten ein Verfahren einleiten dürfen. Drittens würde der Beweis der Auslagen und Zeitangaben der Anwälte eine übermässige Belastung des Gerichtsapparats darstellen.³⁵² Dem amerikanischen System liegt demnach das Verständnis zugrunde, dass sich die Bürger unter gleichen Voraussetzungen für oder gegen eine Klage entschliessen können sollen.³⁵³ Eine Gebührenerstattung (*cost shifting*) ist dem US-Prozessrecht somit weitgehend fremd. Die unterliegende Partei hat grundsätzlich nur die geringfügigen Gerichtskosten zu tragen.³⁵⁴ Zwar sehen verschiedene *state* und *federal statutes* die Möglichkeit vor, die Parteien mit dem Kostenerstattungsrisiko zu belasten. Meist betrifft dieses allerdings nur den Beklagten; eine Risikobelastung des

³⁵⁰ Vgl. dazu SCHÜTZE, Rz 32; BOLT, 11.

³⁵¹ Vgl. JÄGER, 38 f.; SCHÜTZE, Rz 33; SCHACK, Rz 22; BREYER, 108 f.; SCHWENZER, 418; BOLT, 19 ff.; HODGES/VOGENAUER/TULIBACKA, 17. Teilweise können minimale Anwaltskosten oder die entstandenen Gerichtskosten von der unterliegenden Partei verlangt werden. Betreffend die zahlreichen – es existieren über 200 *statutory exceptions* – Durchbrechungen der *American Rule* ist auf den *CRS Report for Congress, Awards of Attorneys' Fees by Federal Courts and Federal Agencies*, 2008, hinzuweisen. Die zwei wichtigsten Ausnahmen bestehen in der *Common Benefit Doctrine* und der *Bad Faith Exception* (wobei es sich bei letzterer eher um eine materiellrechtliche Kostenerstattungspflicht handelt). Zu den Ausnahmen vgl. insb. BOLT, 22 ff.; NEUFANG, 48 ff.; BREYER, 136 ff.

³⁵² Vgl. SCHWENZER, 418; JÄGER, 39 mit Hinweis auf die Entscheidungen des *Supreme Courts*.

³⁵³ NEUFANG, 33.

³⁵⁴ Die vom Verlierer zu tragenden Verfahrenskosten bzw. Auslagen beinhalten die *costs* i.S.v. 28 USC § 1920, vgl. FRCP 54 (d) (1) und gewisse Kosten beim Ergreifen eines erfolglosen Rechtsmittels, vgl. FRAP 38 und 39. Ebenfalls BÖHM, Rz 126.

Klägers ist demgegenüber in den *statutes* in der Regel nicht vorgesehen.³⁵⁵ Dies hat für den Kläger den Vorteil, dass er auch bei zweifelhaften Prozesschancen klagen kann, ohne im Unterliegensfall mit der Kostenerstattungsfolge belastet zu werden. Dies insb. bei der Vereinbarung eines Erfolgshonorars mit dem eigenen Anwalt. Der Beklagte hingegen muss Aufwendungen auf sich nehmen, die er auch bei einer ungerechtfertigten Klage – von gewissen Ausnahmen des missbräuchlichen Prozessierens abgesehen – nicht ersetzt erhält. Nicht umsonst fällt deshalb das Klagen in den USA um einiges leichter als anderswo, etwa in Kontinentaleuropa, was sich letztlich in der grossen Anzahl eingeleiteter Klagen widerspiegelt.³⁵⁶

Das Verhältnis zwischen Anwalt und Partei ist durch grosse Autonomie geprägt. Üb- 125
lich sind Honorarvereinbarungen auf Stunden- oder Erfolgsbasis (sog. *contingent fees*); feste Gebührentabellen existieren nicht.³⁵⁷ Dies gilt auch im Falle der Durchbrechung der *American Rule*, d.h. für den Fall, dass das Gericht gewisse Parteikosten der unterliegenden Partei auferlegt. Erstattet wird nicht eine gesetzlich festgelegte Pauschalgebühr, sondern vielmehr eine im Einzelfall angemessene Anwaltsentschädigung.³⁵⁸ Was auf den ersten Blick äusserst klägerfreundlich aussieht, kann indessen täuschen. Denn auch der Kläger trägt insb. bei kleinen Forderungen seine Anwaltskosten bei Obsiegen selbst, weshalb sich die Durchsetzung kleinerer Beträge regelmässig nicht lohnt.³⁵⁹ Folge dieses Systems nicht beschränkter Kosten ist hauptsächlich ein grosser Vergleichsdruck auf die Parteien.

³⁵⁵ BREYER, 110.

³⁵⁶ Zur ökonomischen und statistischen Analyse des amerikanischen Systems, ADAMS, 237. Er geht sogar so weit, dass er im US-System ein erhebliches Erpressungspotenzial skrupelloser Anwälte und deren Klienten sieht, 237 i.f. Der Autor weist zudem darauf hin, dass bei einem System mit Kostenersatz das materielle Recht besser geschützt werde, weshalb dieses deutlich zu bevorzugen sei.

³⁵⁷ SCHACK, Rz 20; BÖHM, Rz 126; BREYER, 22. Zum Zusammenspiel der *American Rule* und *contingent fees* vgl. insb. NEUFANG, 31 ff.

³⁵⁸ Die Anwaltsvergütung entspricht stets einem Stundenhonorar und basiert auf marktüblichen Konditionen, vgl. BREYER, 95 f.

³⁵⁹ BOLT, 21, der darauf verweist, es könne leicht vorkommen, dass sich unter Umständen selbst ein fünfstelliger Dollarbetrag nicht einzuklagen lohne.

- 126 Nachdem die Prozesskostenausgestaltung weitgehend streitwertunabhängig erfolgt, stellt sich die Frage, ob der Streitwert auch bei der Weiterziehbarkeit eines Entscheids und weiteren Verfahrensfragen völlig in den Hintergrund rückt. Tatsächlich ist auch in dieser Beziehung der Streitwert von lediglich geringer Bedeutung, denn der *Supreme Court* entscheidet selbst, ohne an Streitwertgrenzen gebunden zu sein, welche Fälle er aufgrund einer *petition for certiorari* zur Entscheidung annimmt.³⁶⁰ Jedoch gewinnt der Streitwert dort eine gewisse Bedeutung, wo es um die Durchsetzung von relativ geringen Geldforderungen geht. In allen Einzelstaaten existieren sog. *small claims courts*, welche natürlichen Personen die Durchsetzung von Streitigkeiten mit einem maximalen Streitwert zwischen USD 1'500.-- und USD 15'000.-- (variiert stark je nach Jurisdiktion) in einem vereinfachten Verfahren ermöglichen sollen.³⁶¹ Ähnliches gilt für gewisse Streitigkeiten bei Parteien mit verschiedener bundesstaatlicher oder nationaler Herkunft (*diversity jurisdiction*). Die Zuständigkeit der Bundesgerichte ist gegeben, sofern eine Streitwertgrenze von USD 75'000.-- überschritten wird (28 USC § 1332).³⁶² Diesbezüglich hat der Streitwert doch einen gewissen, allerdings eher unbedeutenden Eingang in das Zivilprozessrechtssystem der USA gefunden.
- 127 Die Steuerung des Zugangs zum Gericht erfolgt in den USA nach dem Gesagten nicht anhand des Streitwerts. Zwar spielt dieser zum Teil eine gewisse Rolle, dient jedoch hauptsächlich zur Abgrenzung zwischen Klagen mit einem geringen Forderungsbetrag, die den *small claims courts* zur Beurteilung unterbreitet werden können, und normalen Klagen. Bei der Steuerung anhand der Gerichtskosten wird weitgehend der Ansatz befolgt, dass die staatliche Gebühr einen Kläger nicht von der Geltendmachung seines Anspruchs abhalten darf. Der Zugang zum Gericht steht deshalb zu einem äusserst geringen Preis offen. Betreffend die im Ausnahmefall angeordnete Erstattung der Parteikosten kann die Vergütung auf Stundenbasis – und die damit einhergehende fehlende Proportionalität zwischen wirtschaftlichem Wert und Kosten

³⁶⁰ SCHACK, Rz 7 und 174; BÖHM, Rz 158 und 739 ff.

³⁶¹ BOLT, 107 ff., insb. auch zur Ausgestaltung des Verfahrens. Ebenfalls NEUFANG, 35 ff., zum Streitwert insb. S. 37.

³⁶² Vgl. BÖHM, Rz 211 ff., ebenfalls zu Entscheidungen betreffend Streitwertberechnung.

– dazu führen, dass die summierten Anwaltskosten bereits vor erster Instanz den Streitwert übersteigen.³⁶³ Diese Vergütungsmethode steht in diametralem Gegensatz zur kontinentaleuropäischen, streitwertabhängigen Pauschalgebühr, wirkt aber ebenfalls regulierend und beschränkend auf den Zugang zum Gericht.

II. Das englische Modell

Obwohl auch in England das *common law* vorherrscht, gibt es gewisse Abweichungen zum amerikanischen System. So findet anders als in den USA grundsätzlich eine Kostenerstattung statt (*cost shifting*, sog. *English Rule*).³⁶⁴ Die Entschädigung der Parteikosten erfolgt indes nicht nach Streitwert, sondern nach tatsächlich angefallenem Aufwand.³⁶⁵ D.h., das Gericht bemisst selbst, welche Kosten es effektiv als notwendig erachtet und welche die Partei selbst zu tragen hat. Wenn die obsiegende Partei die Notwendigkeit und Angemessenheit der Auslagen dem Gericht nicht nachzuweisen vermag, werden die zweifelhaften Kosten nicht zugesprochen. Hält das Gericht eine Entschädigung trotzdem für angemessen, bemisst es diese anhand des im Streite stehenden Betrags, der Wichtigkeit und Komplexität des Falls sowie unter Berücksichtigung der finanziellen Situation der Parteien.³⁶⁶ Von entscheidender Bedeutung ist, dass die Parteientschädigung dem Gericht vernünftig (*reasonable*) erscheint.³⁶⁷ Es hat hierbei einen grossen Ermessensspielraum. In der Beziehung zwischen Partei und Anwalt ist nach der Aufhebung des Verbots des anwaltlichen Erfolgshonorars in den

³⁶³ BREYER, 98, der insb. Kritik an der gewählten Vergütungsmethode übt, da das Erfordernis der Proportionalität zwar als ein zu berücksichtigendes Angemessenheitskriterium stets erwähnt werde, dem bei der Bemessung auf Stundenbasis jedoch zu wenig Rechnung getragen werden könne.

³⁶⁴ Zum englischen System im Allgemeinen BREYER, 93 ff.; HODGES/VOGENAUER/TULIBACKA, 289 ff.

³⁶⁵ HODGES/VOGENAUER/TULIBACKA, 82.

³⁶⁶ Vgl. JÄGER, 24 f. m.w.H.

³⁶⁷ HODGES/VOGENAUER/TULIBACKA, 16 i.f. und 117. I.d.R. erhält die obsiegende Partei rund 66–75 % ihrer Kosten zurückerstattet, BREYER, 230.

1990er Jahren ein solches üblich geworden; häufig wird ein mit einem prozentualen, erfolgsabhängigen Zuschlag ergänztes Stundenhonorar vereinbart.³⁶⁸

- 129 Doch auch in England wird die aufwandbasierte Entschädigung nicht (mehr) strikt angewendet. Insb. zeigen Tendenzen hin in Richtung streitwertabhängige Entschädigung. Sog. *fast track cases* unter £ 15'000.-- werden bereits heute mit Fixkosten entschädigt und die Entwicklung geht dahin, dass vielfach vorhersehbare, fixe Kosten als Parteientschädigung zugesprochen werden.³⁶⁹ Zudem werden die Gerichtskosten vermehrt streitwertabhängig festgelegt.³⁷⁰ Es hat sich gezeigt, dass die englische Prozessführung viel zu teuer ist, v.a. weil Anwälte auch bei kleinen Streitwerten dem Klienten den häufig grossen Aufwand verrechnen (müssen). Ausserdem gilt das englische Justizsystem mit der stark auf das Verfahren einwirkenden Rolle des Gerichts insgesamt eher als teuer.³⁷¹

III. Das französische und schwedische Modell

- 130 Die Suche nach einem (weitgehend) streitwertunabhängigen System muss nicht ausserhalb Kontinentaleuropas führen. Bereits in Frankreich und Schweden gilt für den Zugang zum Gericht weitgehende Gebührenfreiheit.³⁷² In Frankreich herrscht – abgesehen von handelsrechtlichen Streitigkeiten – der Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Justiz (*principe de la gratuité de la justice*).³⁷³ Der Grundsatz wird dort durchbrochen, wo gewisse Auslagen anfallen. Die in Art. 695 CPC enumerativ aufgezählten *dépens*, d.h. Kosten, die zur Prozessführung aus juristischen Gründen notwendig sind (z.B.

³⁶⁸ BREYER, 6.

³⁶⁹ HODGES/VOGENAUER/TULIBACKA, 83, ebenfalls mit Hinweisen auf weitere Verfahren mit fixen Entschädigungen.

³⁷⁰ HODGES/VOGENAUER/TULIBACKA, 117.

³⁷¹ Vgl. dazu BREYER, 208, insb. m.H. auf die tiefgreifenden Reformen im englischen Kostensystem.

³⁷² Vgl. zum Kostenrecht Frankreichs insb. ADELMANN-PÉNTEK, 95 ff.; HODGES/VOGENAUER/TULIBACKA, 327 ff., 340. Zu demjenigen Schwedens ADELMANN-PÉNTEK, 119 ff., sowie Allgemein HODGES/VOGENAUER/TULIBACKA, 13, 75.

³⁷³ BUNGE, 74; HODGES/VOGENAUER/TULIBACKA, 327.

Zeugenauslagen, Gutachterkosten), werden von Amtes wegen verlegt. Es bedarf hingegen eines Antrags der Parteien, wenn die Erstattung von Aufwendungen verlangt wird, welche keine *dépens* darstellen. Zu solchen *frais*, d.h. Kosten, die grundsätzlich nicht zur Prozessführung unabdingbar sind, gehören die Auslagen für den Parteivertreter, soweit kein Anwaltszwang besteht.³⁷⁴ Das Abwälzen dieser Kosten lässt das französische System – ähnlich wie das amerikanische Recht – nur äusserst restriktiv zu. Grundsätzlich haben die Parteien die Kosten für den eigenen Anwalt selbst zu tragen. Die Gerichtspraxis auferlegt zur Vermeidung von Unbilligkeiten aber in der Regel 10–15 % der Anwalts honorare der unterliegenden Partei. Dieser Wert variiert je nachdem, ob das Gericht zum Schluss kommt, eine Partei habe in gutem oder bösem Glauben prozessiert.³⁷⁵

Ähnlich wie in Frankreich und den USA verlangt auch Schweden nur eine sehr geringe Gebühr für die Klageeinleitung («*ansökningsavgifter*»)³⁷⁶ Darüber hinaus herrscht der Grundsatz, dass der Gerichtsapparat den Bürgern weitgehend unentgeltlich zur Verfügung stehen soll. Die Kosten für die von den Parteien selbst benannten Zeugen, Sachverständigen und sonstigen Beweise fallen zwar auch bei diesen an. Bestellt das Gericht aber Zeugen oder Sachverständige ohne Antrag der Parteien, werden die Kosten vom Staat übernommen.³⁷⁷ 131

E. Zwischenfazit zur systemvergleichenden Betrachtung

Nach den erfolgten Ausführungen ist das schweizerische (bzw. kontinentaleuropäische), hauptsächlich auf dem Streitwert basierende System nochmals einer Betrachtung und Würdigung zu unterziehen. Im Zentrum, mithin als wichtigstes Anknüpfungskriterium, steht der Streitwert. Das System beruht auf einer ökonomischen Überlegung, d.h. der Annahme, dass je höher der Streitwert eines Verfahrens ist, desto 132

³⁷⁴ ADELMANN-PÉNTEK, 34 f.; BUNGE, 75.

³⁷⁵ BUNGE, 75 m.w.H.; HODGES/VOGENAUER/TULIBACKA, 17, 346.

³⁷⁶ ADELMANN-PÉNTEK, 55, 57 f. Vgl. auch HODGES/VOGENAUER/TULIBACKA, 154.

³⁷⁷ ADELMANN-PÉNTEK, 57.

wichtiger auch die Streitigkeit ist; umso höher dürfen Prozesskosten ausfallen, eine grössere Anzahl Richter soll die Akzeptanz des Urteils steigern und eine Rechtsmittelmöglichkeit soll gewährleistet werden. Das Bundesgericht spricht explizit davon, dass auf den Streitwert abzustellen ist, weil «die von den Gerichten zu erbringende Leistung in der Regel umso bedeutsamer ist, je höher der Streitwert liegt».³⁷⁸ Der entscheidende Vorteil dieses Systems liegt in der relativ einfachen Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit der mutmasslichen Pauschalkosten eines Rechtsstreits.³⁷⁹ Dies betrifft auch die Kosten für den Fall eines allfälligen Weiterzugs vor die Rechtsmittelinstanz. Ein Kläger soll nicht Gefahr laufen, von unerwarteten Kosten überrascht zu werden, sondern kann sein Kostenrisiko bereits vor Klageanhebung gut abschätzen. Dies wird durch die Regelung von Art. 97 ZPO, wonach das Gericht die nicht anwaltlich vertretene Partei über die mutmassliche Höhe der Prozesskosten sowie über die unentgeltliche Rechtspflege aufzuklären hat, noch zusätzlich verstärkt. Überdies stehen die potenziellen Kosten infolge ihrer Abhängigkeit vom Streitwert stets in einem (mehr oder weniger) angemessenen Verhältnis zum eingeklagten Betrag. Neben der Vorhersehbarkeit der Kosten liegt der Wahl des Streitwerts als Anknüpfungskriterium somit das Bestreben zugrunde, die Arbeit und den Zeitaufwand der Gerichte und die damit verbundenen Kosten der ökonomischen Wichtigkeit eines Prozesses anzupassen.³⁸⁰ Ausserdem garantiert das Abstellen auf den Streitwert eine stets objektive Beurteilungsmöglichkeit, die – von gewissen Ausnahmen abgesehen – unabhängig vom Ermessen der Parteien oder des Gerichts vorgenommen und deshalb grundsätzlich willkürfrei ausgeübt werden kann.

³⁷⁸ BGE 106 Ia 249 E. 3a.

³⁷⁹ Ebenso BAUMANN, 283. Dies zeigt sich im Übrigen auch bei der nunmehr konstanten Praxis des Bundesgerichts zur Kollokationsklage (vgl. dazu hinten Rz 148), wonach festgehalten wird, dass sich der Kollokationskläger bei Einleitung des Prozesses darauf verlassen dürfe, dass die von der Konkursverwaltung ermittelte, mutmassliche Dividende als Streitwert gelten werde, vgl. BGE 138 III 675 E. 3.2.1; bestätigt in BGE 140 III 65 E. 3.2.

³⁸⁰ HESS, 1; BAUMANN, 283. Vgl. auch vorne Rz 80 ff.

Ein Abstellen auf den Streitwert bedeutet allerdings auch, dass eine gewisse Spannung 133 zwischen den streitwertbasierenden Prozesskosten einerseits und den Kosten für den tatsächlich notwendigen Aufwand andererseits entstehen kann.³⁸¹ So steht insb. die Komplexität eines Rechtsstreits nicht immer in einem proportionalen Verhältnis zu seinem Streitwert. Deshalb kann der Umstand störend wirken, dass sich eine gewisse Querfinanzierung von Streitigkeiten mit einem kleineren Streitwert durch solche mit einem sehr hohen Streitwert nicht vermeiden lässt. Zwar sind Prozesse mit hohem Streitwert häufig mit umfangreichen Akten und komplexen Sachverhaltsdarstellungen verbunden und es wird regelmässig mit härteren Bandagen gestritten, wenn mehr Geld auf dem Spiel steht. Dass der Aufwand des Gerichts und der Parteivertreter ab einer gewissen Schwelle aber im Verhältnis zu Prozessen mit tieferem Streitwert weiter zunimmt, dürfte nur selten der Fall sein. Auf der anderen Seite finden sich äusserst geringe Tarife für den Parteikostenersatz bei Streitigkeiten mit tiefen Streitwerten, weshalb sich solche Forderungen kaum durchzusetzen lohnen, da die Parteientschädigung die Auslagen regelmässig nicht decken wird. Zu begrüssen sind daher stark degressiv ausgestaltete Tarife.³⁸² Denn aufgrund des Kostendeckungsprinzips ist es letztlich nicht sachgerecht, dass durch die Gerichtsgebühr eines Streits mit einem hohen Streitwert der gesamte Negativsaldo der Justiz aufgebessert wird.³⁸³ Durch einen (ohne Berücksichtigung des anfänglichen Sozialtarifs) zumeist degressiv ausgestalteten Gerichtsgebührentarif wird dieser Ungleichbehandlung jedoch so gut wie möglich entgegengewirkt, weshalb eine lediglich teilweise Querfinanzierung hinzunehmen ist.

Auch wenn der Streitwert nicht immer die ökonomische Wichtigkeit eines Prozesses 134 genau ausdrücken kann, so lässt sich zusammenfassend doch mit einer gewissen Überzeugung sagen, dass der Streit über eine Million tendenziell wirtschaftlich be-

³⁸¹ Vgl. dazu HODGES/VOGENAUER/TULIBACKA, 77.

³⁸² Zur Kritik an den nur wenig degressiv ausgestalteten Tarifen vgl. OBERHAMMER, 187, insb. Fn. 57 i.f., welcher eine stärkere Degression (mit höheren Ansätzen im niedrigeren Streitwertsegment) und einen niedrigeren Spitzensatz für angezeigt hält.

³⁸³ So aber etwa als unproblematisch befunden im Entscheid des OGer ZH vom 20. Januar 2012, LF110118-O/U, E. 5. Vgl. dazu auch die Ausführungen vorne Rz 33 ff.

deutender sein wird als eine Klage über Fr. 100.--. Dass sich die Gerichts- und Parteikosten am Streitwert orientieren, ist somit durchaus als sinnvoll und insb. praktikabel zu betrachten. Auch in Bezug auf die Weiterziehbarkeit eines Entscheids erscheint der Streitwert ein nachvollziehbares, objektives Anknüpfungskriterium, welches durch die Möglichkeit von ausserordentlichen Rechtsmitteln (Beschwerde, subsidiäre Verfassungsbeschwerde) bei Nichterreichen der Streitwertgrenze ergänzt wird. Gerade in Bezug auf die Beschränkung des Rechtsmittelzugangs scheinen keine geeigneten Alternativen vorhanden zu sein. Insgesamt betrachtet erweist sich das historisch gewachsene, streitwertbasierende Modell zur Gewichtung eines Prozesses als überzeugend.

135

Weniger sinnvoll ist m.E. hingegen die Tendenz zur vermehrten Pauschalierung von Gerichtskosten. Denn je mehr die pauschalierten Kosten von festgelegten Gebühren für eine bestimmte amtliche Handlung abweichen, desto sachfremder wird der Streitwert als Anknüpfungskriterium. Eine vermehrte Pauschalierung führt zudem zu einem gewissen Transparenzverlust und erhöht das Risiko der vermehrten Kostenkompensation von Prozessen mit tiefem Streitwert durch solche mit einem hohen Streitwert.³⁸⁴ Soweit die Kosten folglich objektiv ausgewiesen werden können,³⁸⁵ erscheint eine separate Abrechnung als geeignetere Lösung. Das früher von zahlreichen Kantonen gewählte System von streitwertabhängigen Entscheidgebühren kombiniert mit der Möglichkeit, Auslagen und Kanzleigebühren (insb. Porti, Reisespesen, Publikationskosten etc.) separat in Rechnung stellen zu können, ist demnach zu bevorzugen. Mit dem gewählten Weg der zunehmenden Pauschalierung von Kosten wurde aber dem Ziel der Vorhersehbarkeit nachgelebt. Es kann daher zumindest nicht als systemfremd bezeichnet werden.

³⁸⁴ Zur Problematik dieser Kompensation, KUKO ZPO-SCHMID, Art. 95 N 5 i.f.

³⁸⁵ Darunter fallen insb. berechenbare Gebühren, wie bspw. Publikationskosten, Registergebühren etc., welche in der Entscheidgebühr gemäss Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO enthalten sind und nicht separat ausgewiesen werden.

Nicht unproblematisch in Bezug auf die Vorhersehbarkeit ist das streitwertbasierende System hingegen, wenn es um unbezifferte Rechtsbegehren geht, in welchen sich der Streitwert nur schwierig ermitteln bzw. festlegen lässt (z.B. im Immaterialgüterrecht). Um diese Problematik abzufedern, hat bspw. Österreich für bestimmte Streitigkeiten eine bereits zum Voraus festgelegte Gebühr vorgegeben, die sich nicht nach dem Streitwert richtet.³⁸⁶ Zudem sieht § 17 GGG vor, dass bei Streitigkeiten, deren Streitwert sich nicht aufgrund der Berechnungsregeln der §§ 14–16 GGG ermitteln lässt, subsidiär ein zahlenmässig bestimmter Betrag zugrunde zu legen ist. Dies stellt zwar eine Durchbrechung des rein streitwertbasierenden Systems dar, ist aber durchaus gerechtfertigt, um in einigen besonderen Fällen Klarheit über die zu erwartenden Kosten zu schaffen und damit die Vorhersehbarkeit zu gewährleisten. Solche besonderen Kostenregelungen, bzw. auch Regelstreitwerte, sind m.E. durchaus begrüßenswert, insb. wenn sich bereits die Streitwertbemessung schwierig ausgestaltet und die Prozesskosten bei Prozessbeginn für die Parteien nicht leicht zu eruieren sind.

³⁸⁶ So insb. § 16 GGG, welcher für einzelne Streitigkeiten (z.B. über die Dienstbarkeit einer Wohnung, Bestandstreitigkeiten u.ä.) eine bestimmte Bemessungsgrundlage vorgibt.

§ 7 **Schlussfolgerungen**

A. Beachtung des Angreiferinteresseprinzips

137

Als erster Grundsatz der Streitwertbestimmung ist aus der vorgenommenen Betrachtung zu folgern, dass dem klägerischen Interesse bei der Streitwertfestlegung entscheidendes Gewicht beizumessen ist. Denn aufgrund der privatautonomen Gestaltungsfreiheit im Zivilprozess soll grundsätzlich stets der Kläger die Möglichkeit haben, über das Streitobjekt zu verfügen.³⁸⁷ Er bestimmt und beziffert das Streitobjekt und damit auch sämtliche Verfahrensfragen, die zumindest indirekt mit dem Streitwert zusammenhängen wie z.B. die Weiterzugsmöglichkeit, Verfahrensart, Zuständigkeit oder Kostenfolge. Zwar sind die Einwirkungsmöglichkeiten des (Schweizer) Gerichts auf den Verfahrensgang grösser als in anderen Ländern (v.a. im Vergleich zu den USA). Was allerdings die streitwertabhängige Verfahrensart oder Zuständigkeit anbelangt, obliegt deren Bestimmung fast ausschliesslich dem Kläger. Auch was die Kosten betrifft, hat sich das Gericht grundsätzlich an den durch den Streitwert gesetzlich vorgegebenen Kostenrahmen zu halten und darf nur bei entsprechender Begründung davon abweichen. Der Kläger bestimmt, welchen ökonomischen Wert er einer Streitigkeit beimisst; der tatsächliche Aufwand des Gerichts oder der Rechtsvertreter hat auf die Prozesskosten bzw. den vorgegebenen Gebührenrahmen keinen Einfluss. Gleiches gilt bzgl. der möglichen Rechtsmittel: Der Kläger hat durch Bezifferung des Werts des Streitobjekts dem Prozess einen ökonomischen Wert beizumessen, womit er auch die Rechtsmittelmöglichkeit einschränken (z.B. mittels Erhebung einer Teilklage) oder aber offen gestalten kann (z.B. durch offensichtliches Überklagen), zumal beim Rechtsmittelstreitwert nicht auf das Gravamen abgestellt wird. Dieses sog. An-

³⁸⁷ Eine ausdrücklich auf das klägerische Interesse hinweisende Regelung sieht § 56 Abs. 2 JN vor. Dazu auch OBERHAMMER, 181, der im Ermessen des Klägers ein «Stück privatautonomer Gestaltungsfreiheit im Zivilprozess» sieht.

greiferinteresseprinzip³⁸⁸ ist dem streitwertbasierenden System immanent und soll seine Geltung bei der Streitwertfestlegung möglichst weitgehend entfalten.

Misst der Kläger einem unbezifferten Streitobjekt einen bestimmten Wert zu, hat er diesen dem Gericht substantiiert darzulegen. Weicht das Gericht davon ab, hat es seine Annahme entsprechend zu begründen. Je substantiierter die klägerischen Angaben erfolgen, umso ausführlicher muss sich das Gericht damit auseinandersetzen, will es von der Angabe abweichen. Denn wie Art. 91 Abs. 2 ZPO für das schweizerische Zivilprozessrecht zum Ausdruck bringt, kommt dem Gericht nur eine beschränkte Überprüfungsbefugnis der Streitwertangaben der Parteien zu. Mit der Wahl des streitwertbasierenden Systems soll dieses Ermessen abweichend zu anderen Rechtsordnungen möglichst auf einen gewissen Rahmen beschränkt und weitgehend der Parteiautonomie überlassen werden. Dem Beklagten kommt im Prozess hauptsächlich die Rolle des Verteidigenden zu, weshalb er auf die Streitwertfrage nur in geringem Mass Einfluss nehmen können soll. 138

B. Vorhersehbarkeit der Prozesskosten

Sowohl die historische als auch die rechtsvergleichende Betrachtung zeigen, worauf bei der Wahl des streitwertbasierenden Systems entscheidendes Gewicht gelegt wurde: In engem Zusammenhang mit dem erwähnten Angreiferinteresseprinzip steht der Grundsatz der Vorhersehbarkeit der Prozesskosten. Dieser kommt auch in der Schweiz zur Anwendung, obwohl weniger normierte Regeln zum Streitwert bzw. den Gerichtskosten als in anderen Ländern vorhanden sind.³⁸⁹ Mit einer streitwertabhängigen Pauschalierung der Kosten sind zwar gewisse Nachteile verbunden, wie z.B. die nur geringe Berücksichtigung des Aufwands, welcher ein Rechtsstreit verursacht. 139

³⁸⁸ Die Bezeichnung als «Angreiferinteresseprinzip» stammt aus dem deutschen Recht, wo der Begriff mehrfach in der Literatur thematisiert wird, vgl. ROTH, 560; Stein/Jonas-ROTH, § 2 N 98 f.; MüKomm-WÖSTMANN, § 3 N 4 ff. m.w.H.; HAUS, 39 f. In der Schweiz wird der Begriff in der Lehre soweit ersichtlich nicht verwendet.

³⁸⁹ Anders als etwa in Deutschland, wo eine viel grössere Regelungsdichte besteht und dem Prinzip der Vorhersehbarkeit damit vermehrt nachgelebt werden kann, vgl. Stein/Jonas-ROTH, § 2 N 7 sowie § 3 N 11.

Dafür liegt der grosse Vorteil, welcher für die Wahl des Streitwerts als Anknüpfungskriterium hinsichtlich der Kostenfolge spricht, in der anhand der Gebührenrahmen möglichen Kalkulierbarkeit der Kostenlast. Der Kläger, der seine Rechte durchsetzen will, weiss schon im Zeitpunkt der Klageeinleitung, welche ungefähren Kosten- und Entschädigungsfolgen im besten bzw. insb. im schlechtesten Fall auf ihn zukommen können.

- 140 Da die Kosten streitwertabhängig sind, ist überdies gewährleistet, dass Kosten und Ertrag in einem adäquaten Verhältnis zueinander stehen und sich auch geringe Forderungen durchzusetzen lohnen, selbst wenn die Forderung nicht vollumfänglich gutgeheissen wird. Der Kläger kann ausserdem seinen eigenen Aufwand (bzw. denjenigen seines Rechtsvertreters) der potenziellen Parteientschädigung anpassen. Bei der Behandlung von Problemen rund um die Streitwertbestimmung ist somit stets zu berücksichtigen, dass die Kosten und der Streitwert möglichst klaren sowie einfachen Regeln unterliegen sollen, damit sich die Parteien innerhalb ihrer kalkulierten Risikobandbreite bewegen. Überraschungen gilt es weitestgehend zu vermeiden. Regelstreitwerte, welche einen «Standardstreitwert» als Ausgangspunkt für schwierig bestimmbare Rechtsbegehren definieren, sind daher zu begrüssen und wenn möglich festzulegen.

C. Starke Gewichtung des Äquivalenzprinzips

- 141 Der dritte Grundsatz stellt gewissermassen das Gegenstück zur vorgängig ausgeführten Vorhersehbarkeit dar. Denn anders als bspw. im englischen System, in welchem dem Gericht ein erheblich grösseres Ermessen bei der Festlegung der Kostenfolge zukommt und es damit eine einzelfallgerechte Lösung finden kann, fehlt dem streitwertbasierenden System bei strengem Festhalten am durch den Streitwert bestimmten Tarif eine Flexibilität, was eine solche Einzelfallgerechtigkeit teilweise verunmöglicht. Aus der historischen sowie der rechtsvergleichenden Betrachtung lässt sich folgern, dass der Streitwert als Anknüpfungskriterium u.a. zur Regulierung und Beschränkung des Zugangs zum Gericht herangezogen wurde sowie durch Pauschalierung der Kosten eine Vereinfachung in der Kostenfestlegung erreicht werden sollte. Im Zentrum stand somit neben dem Gebührenstreitwert hauptsächlich der Rechtsmittelstreitwert, aufgrund dessen den ökonomisch «wichtigen» Fällen ein umfassen-

derer Instanzenzug mit grösserer Kognition eines Gesamtgerichts zur Verfügung gestellt werden sollte. Gilt es folglich bspw. den Streitwert einer unbezifferten Forderungsklage zu bestimmen,³⁹⁰ darf dieser nicht im Hinblick auf eine entsprechend hohe Kostenfolge künstlich tief gehalten werden, sondern muss trotzdem entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen und gemäss Rechtsprechung bestimmt werden. Denn der Zugang zu einer Rechtsmittelinstanz darf nicht leichthin eingeschränkt werden. Vielmehr ist im Zweifelsfalle vom Erreichen einer bestimmten Streitwertschwelle auszugehen. Die Anpassung einer übermässigen Kostenfolge darf nicht auf der Ebene der Streitwertbestimmung erfolgen, sondern muss vielmehr bei der konkreten Kostenausgestaltung einsetzen: Übermässige Gerichtsgebühren sind aufgrund des Äquivalenzprinzips – unter Umständen auch ausserhalb des vorgegebenen Gebührenrahmens – herabzusetzen und auch eine unverhältnismässig hohe Parteientschädigung darf gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung analog dem Äquivalenzprinzip auf ein adäquates Mass herabgesetzt werden. Die Folgen des eher starren Pauschalsystems sind somit nicht auf Ebene des Streitwerts, sondern bei der konkreten Kostenfestlegung durch Ausübung des richterlichen Ermessens abzufedern.³⁹¹ Denn es gilt selbst bei einer Abhängigkeit der Kosten vom Streitwert eine inadäquate Kostenfolge zu vermeiden.

³⁹⁰ Zu denken ist insb. an die Streitwertbestimmung eines unbezifferten Rechtsbegehrens oder an Auslegungsfragen, welche zu hohen Streitwerten führen können, wie bspw. im Aktienrecht, vgl. hinten Rz 253 ff.

³⁹¹ In ausdrücklicher Anwendung dieses Grundsatzes minderte das OGer ZH zu Recht eine übermässige Kostenfolge, vgl. Beschluss des OGer ZH vom 9. September 2009, publ. in ZR 108 (2009) Nr. 54 E. 64 f., sowie die Hinweise auf diesen aktienrechtlichen Entscheid in Rz 255 hinten. Etwas anders zum deutschen Recht SCHNEIDER/HERGET, Rz 936, welche es als legitim und von der *ratio legis* gefordert erachten, bei der Auslegung einer Bemessungsvorschrift (im GKG) den berechtigten Belangen der Anwälte Rechnung zu tragen. Die Berücksichtigung der generellen Arbeitsmenge in typischen Prozesslagen sei deshalb unvermeidbar und notwendig. Hier zeigt sich der Unterschied zum System in der Schweiz, indem das deutsche Recht mit dem GKG eine unterschiedliche Festlegung des Gebührenstreitwerts erlaubt und sich der Streitwert für die Kostenfestsetzung an gesonderten Regelungen orientiert.

Räumt man dem Gericht bei der Kostenausgestaltung einen grossen Ermessensspielraum ein, ist dies allerdings zwingend an ein entsprechendes Begründungserfordernis zu koppeln. Hält sich das Gericht an den streitwertbasierenden Tarif, erübrigt sich eine Begründung der Kosten weitgehend. Will es aber vom Tarif abweichen, um eine im Einzelfall adäquate Lösung zu erreichen, hat es zu begründen, weshalb es sich nicht an den Tarif hält. Damit ist eine Kongruenz zum Grundsatz der Vorhersehbarkeit hergestellt. Eine erste Einschätzung zeigt das Gericht den Parteien bereits nach Klageeingang indirekt durch den gewählten Kostenvorschuss an (vgl. Art. 98 ZPO). Diese Einschätzung über die potenziellen Kosten ist insb. in denjenigen Fällen hilfreich, in welchen der Streitwert nicht leicht vorhersehbar ist oder die Entschädigung infolge des hohen Streitwerts mutmasslich reduziert wird. Damit lassen sich die Grundsätze der Vorhersehbarkeit einerseits und des Äquivalenzprinzips andererseits bestmöglich miteinander vereinbaren.

TEIL 3: GRUNDSÄTZE DER STREITWERTBESTIMMUNG

§ 8 Klägerisches Rechtsbegehren als Ausgangspunkt

A. Art. 91 Abs. 1 ZPO

Art. 91 Abs. 1 ZPO hält als Grundsatz fest, dass der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt wird. Massgebend und Ausgangspunkt jeder u.U. komplizierten Streitwertberechnung ist somit das klägerische Rechtsbegehren. Aufgrund der im Zivilprozess herrschenden Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) ist es grundsätzlich der Kläger, welcher durch sein Rechtsbegehren bestimmt, in welchem Umfang er seine Rechte einklagt.³⁹² Nach der Systematik von Art. 91 ZPO ist Abs. 1 dahingehend zu verstehen bzw. zu ergänzen, dass der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt wird, sofern dieses auf eine bestimmte Geldsumme lautet. In diesen Fällen ist ohne weiteres alleine auf das formelle Kriterium des im Rechtsbegehren genannten Betrags abzustellen, da dieser stets den Wert der eingeklagten Leistung ausdrückt. Eine spezielle Angabe des Streitwerts in der Klage ist in solchen Fällen nicht nötig.³⁹³ Selbst eine offensichtlich unrichtige oder nicht mit dem tatsächlichen, wirklichen Streitinteresse übereinstimmende Angabe des Klägers führt nicht zu einer abweichenden Streitwertfestlegung: Abzustellen ist stets auf den eingeklagten Betrag und das behauptete Recht oder Rechtsverhältnis.³⁹⁴ Bei dieser Ausgangslage darf auch ein bereits vor Klageanhebung vom Beklagten unbestrittener (Teil-)Betrag nicht vom Streitwert abgezogen werden, sondern die eingeklagte, gegebenenfalls unbestrittene Summe bildet in jedem Fall den Streitwert.³⁹⁵

³⁹² Statt vieler SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Kap. 5 Rz 8; BSK CPC-TAPPY, Art. 91 N 39.

³⁹³ RICKLI, Rz 117.

³⁹⁴ SCHULLER, 41 und 101; HESS, 53; BAUMANN, 281; KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 91 N 8. Vgl. ebenso hinten Rz 221.

³⁹⁵ BAUMANN, 285, mit dem Hinweis darauf, dass andernfalls eine voll anerkannte Forderung, die eingeklagt wird, ohne Streitwert wäre. Der bereits vor Klageeinleitung anerkannte Betrag kann allerdings bei der Verteilung der Kosten berücksichtigt werden.

- 144 Bei den meisten Klagen vor Gericht stellt die Ermittlung des Streitwerts deshalb keine grossen Probleme dar: Klagt A gegen B auf Bezahlung von Fr. 30'000.-- aus einem Werkvertrag, beurteilt sich der Streitwert nach der eingeklagten Leistung, d.h. nach dem klägerischen Rechtsbegehren, und beträgt hier folglich Fr. 30'000.--. Eine inhaltliche Prüfung muss und darf nicht vorgenommen werden. Streitwert bei einer einfachen Leistungsklage ist somit – wie im genannten Beispiel – der objektive Wert der eingeklagten Leistung, welcher im (zwar subjektiv bezifferten) klägerischen Rechtsbegehren widergespiegelt wird.³⁹⁶ Ähnlich verhält es sich bei einer Feststellungsklage. Hier ist der Wert des Rechts oder Rechtsverhältnisses massgebend, das oder dessen Bestand bzw. Nichtbestand festgestellt werden soll.³⁹⁷ Klagt A also nicht auf Leistung der genannten Summe, sondern auf Feststellung des Nichtschuldens derselben, beträgt der Streitwert ebenfalls Fr. 30'000.--.
- 145 Sobald sich jedoch die Sachlage, d.h. insb. das Rechtsbegehren, komplizierter gestaltet, stösst die Regelung von Art. 91 Abs. 1 ZPO an ihre Grenzen. Wie ist der Streitwert zu beziffern, wenn A die Edition bestimmter Akten verlangt, um später seinen Anspruch beziffern zu können? Welchen Wert hat das Begehren um Vornahme eines Augenscheins? In solchen Fällen, in welchen das (oder mehrere) Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautet, kann nicht mehr alleine auf das formelle Begehren abgestellt werden. Denn häufig geht aus diesem nicht direkt hervor, worauf sich der klägerische Anspruch stützt bzw. was betragsmässig verlangt wird. Eine genaue Definition des klägerischen Anspruchs, mithin des Streitobjekts, ist aber nötig, um dem Streit überhaupt einen bestimmten (Streit-)Wert beimessen resp. eine Streitwertberechnung vornehmen zu können. Sobald das Rechtsbegehren folglich nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautet, gilt es vorab das Streitobjekt zu bestimmen.³⁹⁸ Folgendes Beispiel soll dies verdeutlichen: Der Kläger verlangt die Erbteilung, sein Rechtsbegehren ist nicht auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet. Ist bei einem Erbteilungsstreit der Teilungsanspruch an sich strittig, stellt das gesamte Teilungs-

³⁹⁶ GULDENER, ZPR, 109; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Kap. 6 Rz 59.

³⁹⁷ Vgl. dazu unten Rz 250 ff.

³⁹⁸ So bereits GOEPFERT, Streitwertberechnung, 1.

vermögen das Streitobjekt und damit den Streitwert dar; ist allerdings nur der Anteil eines potenziellen Erben strittig, bildet nur das im Streit stehende Betreffnis den Streitwert.³⁹⁹ Da das Streitobjekt als Grundlage der Streitwertberechnung dient, ist dieses einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Insb. bevor auf Art. 91 Abs. 2 ZPO einzugehen sein wird, ist zu fragen, was das Streitobjekt, d.h. (untechnisch bezeichnet) der Gegenstand des Rechtsstreits ist.

B. Das Streitobjekt

Anders als noch Art. 36 Abs. 1 aOG, welcher vom «Wert des Streitgegenstands» sprach, steuert Art. 91 ZPO direkt auf den Begriff des Streitwerts zu. Diese Änderung in der Terminologie ist zu begrüßen. Denn bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass im Zusammenhang mit dem Streitwert nicht undifferenziert vom Wert des Streitgegenstands gesprochen werden kann. Der Streitgegenstand ist ein dogmatischer Begriff, welcher der Individualisierung der Klage dient und etwas darüber aussagen soll, worüber im Prozess gestritten wird.⁴⁰⁰ In der ZPO wird der Begriff des Streitgegenstands nicht einheitlich verwendet.⁴⁰¹ Nach der (herrschenden) zweigliedrigen Streitgegenstandslehre definiert sich der Streitgegenstand durch das Klagebegehren der klagenden Partei und den diesem zugrunde liegenden Lebenssachverhalt.⁴⁰² Ein einheitlicher Lebenssachverhalt ist immer dann anzunehmen, wenn er sich auf Tatsa-

³⁹⁹ Vgl. BSK BGG-RUDIN, Art. 51 N 24, mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, sowie hinten Rz 262 ff. Ebenfalls SCHULLER, 54 f., mit Hinweis auf die Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Festlegung des Streitwerts einer Kollokationsklage im Konkurs in BGE 65 III 30, in welchem das Bundesgericht das Streitobjekt bzw. den Streitgegenstand anders qualifizierte (nunmehr bestätigt in BGE 140 III 65 E. 3.2).

⁴⁰⁰ Statt vieler HILLACH/ROHS, 5; HAUS, 51; SCHULLER, 51. Vgl. auch zum Ganzen BERTI, 194.

⁴⁰¹ Zur Kritik an der wenig sorgfältigen Redaktionsarbeit sowie dem mangelnden Problembewusstsein bei der Ausarbeitung der ZPO vgl. KUKO ZPO-OBERHAMMER, Vor Art. 84–90 N 8.

⁴⁰² HABSCHIED, Rz 376 ff., insb. Rz 392; BAUMANN, 282 m.w.H.; WALTER, 37; SUTTER-SOMM, Rz 479; VON ARX, 8 f. sowie 22 ff. m.w.H.; HAUS, 13 ff.; HESS, 20; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Kap. 7 Rz 1; KUKO ZPO-OBERHAMMER, Vor Art. 84–90 N 7; DÖRNDORFER, Rz 14. Für eine Übersicht über die verschiedenen Streitgegenstandstheorien in Lehre und Rechtsprechung vgl. insb. BK ZPO-ZINGG, Art. 59 N 71 ff. sowie RICKLI, Rz 11 ff.

chen stützt, die als Entstehungsgrund des eingeklagten Rechts in Frage kommen und sich als ein einheitliches Geschehen darbieten.⁴⁰³

- 147 Objekt jeder Streitwertermittlung ist stets ein Recht oder ein Rechtsverhältnis.⁴⁰⁴ Ist das Rechtsbegehren beziffert, spielt die Bestimmung des Streitgegenstands ohnehin nie eine Rolle, da sich der Streitwert unabhängig vom zugrunde liegenden Rechtsverhältnis in jedem Fall nach dem geforderten, subjektiv bezifferten Betrag bemisst, der beispielsweise auch willentlich zu hoch angesetzt werden kann. Lautet das Rechtsbegehren hingegen nicht auf eine bestimmte Geldsumme, ist zunächst zu definieren, was Gegenstand bzw. Objekt der Klage bildet, damit dessen Wertbestimmung korrekt vorgenommen werden kann.⁴⁰⁵ Schreibt Art. 91 Abs. 2 ZPO also vor, dass der Streitwert durch das Gericht überprüft bzw. festgelegt werden muss, ist immer zuerst zu fragen, was das Rechtsbegehren bezweckt bzw. wofür der Kläger vom Gericht um Zusprechung ersucht.⁴⁰⁶ Dieses Streitobjekt wird rein subjektiv nach dem klägerischen Willen bestimmt und lässt sich unter Umständen noch nicht bei Klageeinleitung beantworten, sondern kann sich auch erst im Laufe des Prozesses herauskristallisieren.⁴⁰⁷ Eine Individualisierung anhand des zugrunde liegenden Lebenssachverhalts i.S.d. Streitgegenstandslehre ist zur Streitwertbestimmung allerdings nicht nötig. Vielmehr ist alleine das hinter einer Klage stehende Streitobjekt massgebend, weshalb es begrifflich vom Streitwert abgegrenzt werden muss. Ist in der Literatur zum Streitwert daher vom Streitgegenstand die Rede, muss dieser Begriff im untechnischen Sinne verstanden werden und ist dieser vielmehr als Individualisierungselement, d.h.

⁴⁰³ HABSCHIED, Rz 387 f.; WALTER, 35; GULDENER, ZPR, 201; KUKO ZPO-NAEGELI/MAYHALL, Art. 227 N 15. Insb. auch BGE 123 III 16 E. 2a und BGE 97 II 396 E. 4, in welchen das Bundesgericht von der zweigliedrigen Streitgegenstandslehre in Bezug auf die Frage der abgeurteilten Sache ausgeht.

⁴⁰⁴ Vgl. zum Ganzen SCHULLER, 48.

⁴⁰⁵ BAUMANN, 281. Zur Unterscheidung zwischen individualisierten und nicht individualisierten Rechtsbegehren, SCHULLER, 62. Vgl. auch DÖRNDORFER, Rz 13.

⁴⁰⁶ Vgl. SCHULLER, 52.

⁴⁰⁷ Zu denken ist z.B. an eine Stufenklage, welche vorerst auf eine Information gerichtet ist und sich der konkrete Anspruch erst nach deren Edition bestimmen lässt, vgl. Rz 314 ff.

als Teilgehalt des Streitgegenstandsbegriffs⁴⁰⁸ zu sehen. Zutreffender ist m.E. daher die Verwendung des Begriffs des Streitobjekts, welcher präziser auf das strittige wirtschaftliche Gut hinweist.⁴⁰⁹

Zur Streitwertbestimmung eines nicht auf Geld lautenden Rechtsbegehrens ist das genaue Streitobjekt zu definieren, was sich nicht immer einfach gestaltet. Als plakatives Beispiel⁴¹⁰ zum Aufzeigen der Schwierigkeit bei der exakten Festlegung des Streitobjekts im Zusammenhang mit dem Streitwert ist die vom Bundesgericht in Bezug auf Kollokationsklagen ergangene Rechtsprechung zu erwähnen: Streitobjekt bei einer Kollokationsklage ist nicht die eingegebene Forderung im Konkurs, d.h. die zu kollozierende Forderung, sondern der Anteil am Erlös aus der Konkursmasse, der dem Gläubiger im Falle der Kollokation höchstens zufallen wird.⁴¹¹ Danach bestimmt sich nach nunmehr konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch der Streitwert.⁴¹² Ebenso ist bei der Anfechtung eines Arrests auf den Wert des Arrestgegenstands abzustellen und nicht auf die Höhe der zu sichernden Forderung, da ersterer das Streitobjekt darstellt. Dies gilt zumindest dann, wenn dessen Wert bei der Anfechtung

⁴⁰⁸ So etwa RICKLI, Rz 9 m.w.H.

⁴⁰⁹ Eine ähnliche Differenzierung nimmt auch die ZPO vor, indem in Art. 83 ZPO ebenfalls vom Streitobjekt und nicht vom Streitgegenstand gesprochen wird. Von der Lehre wird der Begriff indes teilweise auch synonymisch verwendet, vgl. z.B. BK ZPO-GROSS/ZUBER, Art. 83 N 8.

⁴¹⁰ Weitere Beispiele und Hinweise auf die exakte Bestimmung des Streitobjekts bei WURZBURGER, recours, Ziff. 171.

⁴¹¹ BGE 140 III 65 E. 3.2; 138 III 675 E. 3.1; 135 III 127 E. 1.2; 87 II 190 mit Verweis auf BGE 81 III 76; 81 II 474; 79 III 173; 65 II 41; 65 II 28. Ebenso OGer ZH vom 11. Dezember 1972, E. 2 ff., publ. in SJZ 1973 S. 38 f. Zur früheren, abweichenden Rechtsprechung des Bundesgerichts vgl. HESS, 113 f. m.w.H., insb. aber auch den Nachtrag (S. 117), in welchem auf den damals erschienenen neuen BGE 65 II 28 hingewiesen wird, welcher eine Abkehr von der alten Praxis einläutete.

⁴¹² Umstritten ist hingegen, wie sich der Streitwert berechnet, wenn die erwartete Dividende – und damit der mögliche Prozessgewinn – von der Konkursverwaltung auf null festgelegt wird. In BGE 138 III 675 E. 3.4 kam das Bundesgericht zum Schluss, dass diesfalls nur ein minimaler Streitwert, entsprechend dem mehr nur symbolischen Streitinteresse, anzunehmen sei. Da damit auf ein wenig sachnahes Kriterium abgestellt wird, erscheint diese Schlussfolgerung zwar nicht unproblematisch, mangels Alternativen ist diese im Ergebnis wohl sachgerechte Lösung aber hinzunehmen.

bekannt ist.⁴¹³ Ähnliches führt das Bundesgericht in Bezug auf erbrechtliche Streitigkeiten aus, bei welchen es im Besonderen zu unterscheiden gilt, was das konkrete Streitobjekt einer Klage ist: Verlangt der Kläger die Absetzung eines Willensvollstreckers, ist gemäss Bundesgericht die Auffassung des Obergerichts Zürich willkürlich, wenn es den Nachlass als Ganzes zur Grundlage des Streitwerts macht. Streitobjekt sei nicht der Nachlass, sondern die Absetzung des Willensvollstreckers. Zur Begründung weist das Bundesgericht darauf hin, der Nachlasswert als solcher sei ein sachfremdes Kriterium im Zusammenhang mit der Beurteilung der Absetzungsfrage. Dies zeige sich u.a. darin, dass es im Zuge der Erbschaftsabwicklung ohne weiteres stets zu neuen Beschwerden gegen den Willensvollstrecker, ja auch zu mehreren Absetzungsbegehren kommen könne, während im ganzen Bereich des Zivilrechts in der Sache selbst typischerweise ein einziges materielles Urteil gefällt werde.⁴¹⁴ Der Bundesgerichtsentscheid unterlässt es jedoch in der Folge, konkrete Hinweise auf die korrekte Berechnungsgrundlage des Streitwerts vorzunehmen.⁴¹⁵

C. Massgebende Interessen

I. Subjektiver oder objektiver Wert?

149

Ist das Streitobjekt definiert, stellt sich die Frage, wie dessen Wert zu bestimmen ist. Bei der Streitwertfestlegung treten neben subjektive Elemente – d.h. dem subjektiven Wert, den die Parteien dem Streitobjekt beimessen – regelmässig auch objektive Momente, welche es zu berücksichtigen gilt. Freilich liegt es in der Natur der Sache, dass bei der *Berechnung*⁴¹⁶ des Streitwerts kein Platz für subjektive Elemente bestehen

⁴¹³ BGer 5A_28/2013 E. 2.4. Fraglich erscheint, ob es sachgerecht ist, auf die Höhe der zu sichernden Forderung abzustellen, wenn sich der Wert des Arrestgegenstands nicht bestimmen lässt. In diesem Fall ist die Frage wohl zu bejahen, da die zu sichernde Forderung in einem engen Zusammenhang mit dem Arrestgegenstand steht und sich dessen Wert zumindest im Ansatz in der Forderung widerspiegelt. Vgl. ebenfalls BGE 139 III 195 E. 4.3.

⁴¹⁴ BGE 135 III 578 E. 6.5.

⁴¹⁵ Zu den erbrechtlichen Streitigkeiten vgl. die Ausführungen hinten Rz 262 ff.

⁴¹⁶ Zur begrifflichen Unterscheidung zwischen Berechnung und Bemessung des Streitwerts vgl. vorne Rz 9.

kann. Denn die Streitwertberechnung gemäss den Art. 91 ff. ZPO erfolgt nach allgemeingültigen, rechtlichen Regeln. Basiert die Parteiangabe zum Streitwert folglich auf einer falschen Anwendung normativer⁴¹⁷ Streitwertregeln, ist diese ohne weiteres «offensichtlich unrichtig» i.S.v. Art. 91 Abs. 2 ZPO, weshalb das Gericht von Amtes wegen eine Korrektur vorzunehmen hat.⁴¹⁸

Subjektive Momente könnten überhaupt nur dann in den Vordergrund treten, wenn es um die konkrete Bezifferung einer Forderung durch den Kläger geht oder aber bei der Frage der Streitwert*bemessung*, d.h. der Festsetzung einer bestimmten Streitwerthöhe nicht auf Geld lautender Rechtsbegehren.⁴¹⁹ Bei solchen stellt sich die Frage, ob sich die Festlegung an subjektiven oder objektiven Kriterien orientieren soll. Für ersteres spricht der Umstand, dass es aufgrund der Dispositionsmaxime grundsätzlich der Kläger in der Hand hat, was er zum Gegenstand eines Verfahrens machen will, mithin was Streitobjekt eines Verfahrens bildet (Angreiferinteresseprinzip). Demnach könnte daraus gefolgert werden, dass es auch nach dem subjektiven Ermessen der Parteien, bzw. insb. desjenigen des Klägers, geht, welcher Wert einem Streitobjekt – bspw. bei einer Vindikationsklage einer antiken Vase – zugemessen wird. So lag es vor Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO in einigen kantonalen Zivilprozessordnungen denn auch alleine an den Parteien, den Streitwert festzusetzen. Eine Intervention des Gerichts war nicht möglich.⁴²⁰ 150

Eine solche ausschliesslich subjektive Bewertung des Streitobjekts liegt im Fall einer Leistungsklage auf eine bezifferte Geldsumme (Art. 91 Abs. 1 ZPO) vor. Die klagende Partei kann das von ihr bezifferte Rechtsbegehren nach eigenem Gutdünken betragsmässig festlegen. Eine Überprüfung des Streitobjekts unter objektiven Gesichtspunkten 151

⁴¹⁷ Im deutschen Recht wird aufgrund der zahlreichen normierten Streitwertregeln auch vom «normativen Streitwert» gesprochen, vgl. vorne Rz 113, insb. Fn. 324. Solche Regeln sind hauptsächlich rechtsstaatlich motiviert, SCHUMANN, 1258. Vgl. auch ZIMMER/SCHMIDT, Rz 3; Stein/Jonas-ROTH, § 2 N 8.

⁴¹⁸ Vgl. hinten Rz 163.

⁴¹⁹ Zu denken ist z.B. an die Wertfestlegung eines zu vindizierenden Gegenstands.

⁴²⁰ Vgl. die Aufstellung der kantonalen Rechtsprechung bei SCHULLER, 35 f.

ten findet nicht statt, denn der objektive Wert der im Streit stehenden Forderung deckt sich direkt mit dem subjektiven Interesse des Klägers.⁴²¹ Subjektivität in diesem Sinne liegt hier in der freien Bestimmbarkeit des Streitwerts, selbst wenn der eingeklagte Betrag massiv übersetzt ist oder nur ein geringer Teil derselben (z.B. als Teilklage) geltend gemacht wird. Das Gericht hat keine Überprüfung des Verhältnisses zwischen dem eingeklagten Betrag und dem tatsächlichen wirtschaftlichen Interesse des Klägers vorzunehmen, sondern den Streitwert ungeprüft einzig aufgrund des im Rechtsbegehren genannten Betrags festzusetzen.⁴²² Die subjektiv bezifferte Forderung ersetzt hier die Notwendigkeit einer objektiven Bewertung.

152

Bei der Bemessung von nicht auf Geld lautenden Klagen ist indessen von einem anderen Ansatz auszugehen. Bereits die Botschaft zur ZPO spricht davon, dass der Streitwert nach dem objektiven Wert festzusetzen ist, wenn keine bezifferte Geldleistung verlangt wird.⁴²³ Sowohl das Gericht wie auch die Parteien haben den Streitwert nach objektiven Gesichtspunkten zu schätzen.⁴²⁴ Der Grund für diese objektive Streitwertfestlegung liegt in der Rechtssicherheit und dient der prozessualen Gleichbehandlung. Es wird damit vermieden, dass das häufig schwierig zu bewertende sowie von Einzelfall zu Einzelfall und von Gericht zu Gericht verschieden beurteilte individuelle Interesse massgebend ist.⁴²⁵ Das Angreiferinteresseprinzip kommt folglich lediglich dann zur Anwendung, wenn objektive Kriterien fehlen und einem Streitobjekt ausschliesslich ein subjektiver Wert beigemessen werden kann.⁴²⁶

⁴²¹ Vgl. BAUMANN, 284; SIEGEL, 57.

⁴²² BGE 99 III 27 E. 1; SCHULLER, 41 und 46; HESS, 32; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 14 und 17; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 18 N 1; ZR 107 (2008) Nr. 28 E. 4.4d.

⁴²³ Botschaft ZPO, 7291.

⁴²⁴ Statt vieler SCHULLER, 34; HESS, 33; RICKLI, Rz 192; ZR 107 (2008) Nr. 28 E. 4.4e.

⁴²⁵ SIEGEL, 57; ähnlich SCHUMANN, 1257 f.; SCHNEIDER/HERGET, Rz 879.

⁴²⁶ Vgl. dazu hinten Rz 166 ff. Ähnlich bereits GOEPFERT, Streitwertberechnung, 74; HESS, 35. WURZBURGER, recours, Ziff. 190, nimmt auch hier kein subjektives Interesse an, sondern sieht in der Parteiangabe lediglich eine Möglichkeit zur Annäherung an den objektiven Wert. Vgl. auch zum deutschen Recht SCHUMANN, 1258; ähnlich ZIMMER/SCHMIDT, Rz 3.

Eine objektive Wertfestsetzung erfolgt nicht nur dort, wo das Gericht den Streitwert selbst zu ermitteln hat, sondern auch dann, wenn es die Streitwertangaben der Parteien überprüfen und bei offensichtlicher Unrichtigkeit korrigieren muss.⁴²⁷ Damit überhaupt eine Überprüfung möglich ist, sind deshalb die Gründe, weshalb eine Partei einem Streitobjekt einen bestimmten Wert beimisst, in der Klage zusammen mit der Streitwertangabe darzulegen (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO). Auch die Parteien haben ihre Angaben grundsätzlich unabhängig von ihrem subjektiven Ermessen zu machen, sondern anhand von objektiven Gesichtspunkten festzulegen. So ist z.B. ausschliesslich der objektive Verkehrswert einer Sache massgebend; Liebhaber- und Affektionswert sind ohne Bedeutung.⁴²⁸ Ebenfalls ausser Betracht gelassen werden müssen weitergehende Fernziele und tatsächliche oder rechtliche Einflüsse auf andere Rechtsverhältnisse.⁴²⁹ 153

II. «Interessenstreitwert»?

Der Streitwert beurteilt sich nach dem Rechtsbegehren bzw. nach dem objektiv eingeklagten, das tatsächliche Interesse der Parteien am Streitobjekt hat, abgesehen von der soeben aufgezeigten Ausnahme, aussenvor zu bleiben.⁴³⁰ Im Normalfall deckt sich jedoch das subjektive Streitinteresse mit dem objektiven Streitwert einer Klage. Muss eine Bezifferung ausnahmsweise dennoch basierend auf subjektiven Gesichtspunkten erfolgen, ist aufgrund des Angreiferinteresseprinzips dem klägerischen Interesse mehr Gewicht beizumessen als dem beklagischen.⁴³¹ SCHULLER führt zum Interesse am 154

⁴²⁷ ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 15; SUTTER-SOMM, Rz 616. Ebenso bereits SCHULLER, 34.

⁴²⁸ Vgl. BGE 94 II 51 E. 2, in welchem das Bundesgericht den Wert einer Klage auf Herausgabe dreier Bilder zu schätzen hatte, wobei es betonte, dass es nicht darauf ankommen könne, ob die Bilder mit der Familiengeschichte des Klägers verbunden seien oder nicht. Ebenso SCHULLER, 98; HESS, 33; BAUMANN, 283 f.; Stein/Jonas-ROTH, § 3 N 15; SCHNEIDER/HERGET, Rz 1044, 2698.

⁴²⁹ ROTH, 560.

⁴³⁰ KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 91 N 8. So bereits BÜRGI/SCHLÄPFER/HOTZ/PAROLARI, § 36 N 2; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 18 N 1; Stein/Jonas-ROTH, § 3 N 14.

⁴³¹ Siehe dazu bereits die Schlussfolgerungen aus den historischen und rechtsvergleichenden Erkenntnissen, vorne Rz 137 f.

Streitobjekt allgemein aus: «Leitend ist aber die Überlegung, dass Interessen, welche auf dem Spiele stehen, im Streitwert ihren Ausdruck finden sollen.»⁴³² Deswegen aber von einem «Interessenstreitwert» zu sprechen, ist m.E. verfehlt. Denn solange sich das subjektive Interesse am Streitobjekt nicht mit dem im Streit stehenden, bezifferten Forderungsbetrag oder dem objektiven Wert deckt, ist ein solches gerade nicht von Bedeutung.⁴³³

155 Dementsprechend kam das Bundesgericht in Bezug auf § 2 der Gebührenverordnung des Kantons Zürich⁴³⁴, welcher für die Festsetzung der Gebühren unter anderem auf das tatsächliche Streitinteresse abstellt, zum Schluss, dass sich der Streitwert auch bei einer Teilklage nicht nach dem dahinterstehenden, tatsächlichen wirtschaftlichen Wert bemesse, sondern einzig auf den eingeklagten Betrag abzustellen sei.⁴³⁵ Dies sei insb. deshalb angezeigt, weil der Kläger beim Obsiegen mit einer Teilklage nur einen Titel über den entsprechenden Teilanspruch erhalte und auch die Verjährung regelmässig nur für den eingeklagten Betrag unterbrochen werde. Gleich entschied überdies das Kassationsgericht des Kantons Zürich in einem ähnlichen Streit bzgl. der Anwaltsgebührenverordnung.⁴³⁶ Es stellte klar, dass sich der Streitwert bei bezifferten Klagen ohne Überprüfung ihres objektiven wirklichen Werts ausschliesslich nach subjektiven Gesichtspunkten, nämlich dem eingeklagten Betrag, bestimme.

156 Damit stellt sich die Frage, ob eine kantonale Tarifordnung gegen Bundesrecht verstösst, falls sie auf den «Interessenstreitwert», d.h. auf das tatsächliche Streitinteresse, abstellt. Grundsätzlich setzen die Kantone die Tarife für die Prozesskosten fest (Art. 96 ZPO). Falls sich die Tarife aber am Streitwert orientieren, besteht für von der ZPO abweichende Streitwertberechnungsvorschriften keine Regelungskompetenz der Kantone, da der Streitwert bereits durch Bundesrecht (Art. 91–94 ZPO) abschliessend

⁴³² SCHULLER, 89 mit Verweis auf ZR 50 (1951) Nr. 1.

⁴³³ Gl.M. etwa auch HESS, 32.

⁴³⁴ Verordnung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. April 2007, LS 211.11.

⁴³⁵ BGer 2C.11/2008 E. 8.3.

⁴³⁶ KassGer ZH vom 6. November 2009 AA080173/U/Ia, publiziert in ZR 109 (2010) Nr. 25.

geregelt wird.⁴³⁷ Der Streitwert ist jedoch nicht das einzige massgebende Kriterium, sondern die Kantone legen hauptsächlich vom Streitwert abhängige Bandbreiten fest.⁴³⁸ Innerhalb dieser Bandbreiten dürfen die Kantone weitere Bemessungskriterien aufstellen, nach welchen sich die Gebühr zu richten hat. Ein Berücksichtigen des tatsächlichen Streitinteresses der Parteien ist demnach für die Bemessung der Gerichtskosten nicht *per se* unzulässig, darf aber nur bei der konkreten Kostenfestsetzung berücksichtigt werden, d.h. beim Anpassen mit Zu- und Abschlägen sowie bei der konkreten Festlegung innerhalb des vorgegebenen Gebührenrahmens.

III. Unterschiedliche objektive Interessen

Nicht in allen Fällen lässt sich dem Streitobjekt ohne weiteres ein einziger objektiver Wert zuordnen. Ein Beispiel dafür ist die Bewertung einer Grunddienstbarkeit.⁴³⁹ Ist auf den objektiven Wert aus Sicht des Klägers oder des Beklagten abzustellen, wenn diese dem Streitobjekt (z.B. einem Notwegrecht: Werterhöhung des begünstigten Grundstücks oder zu erwartende Wertminderung bei Belastung des dienenden Grundstücks) einen unterschiedlichen objektiven Wert beimessen? Mit WURZBURGER und SCHULLER kommt das Bundesgericht ohne weitere Begründung zum Schluss, dass stets auf das höhere finanzielle Interesse der Beteiligten abzustellen sei, wenn diese

⁴³⁷ ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, Art. 96 N 12. Offenbar a.A. ZK ZPO-REETZ, Vorbem. Art. 308–318 N 42, allerdings in Bezug auf den Gebührenstreitwert vor der Rechtsmittelinstanz. Das von ihm erwähnte Abstellen auf das Streitinteresse vor Obergericht ergibt sich m.E. aber bereits aus Art. 91 Abs. 1 ZPO, wonach das Rechtsbegehren und das dahinterstehende Streitobjekt auch vor der Rechtsmittelinstanz massgebend für die Streitwertbestimmung sind.

⁴³⁸ Vgl. dazu vorne Rz 30.

⁴³⁹ GOEPFERT, Streitwertberechnung, 74 f., spricht bei der Festlegung des Streitwerts einer Grunddienstbarkeit von der Berechnung nach subjektivem Interesse. Dem ist m.E. nicht zuzustimmen, da nicht auf das Interesse der Parteien abzustellen ist, sondern auf den objektiven Wert, welcher eine Dienstbarkeit für ein berechtigtes bzw. belastetes Grundstück darstellt. Dieser Wert ist nach objektiven Kriterien (z.B. Werterhöhung, Wertverminderung beim Verkauf) zu bestimmen. Der Wert dürfte sich indessen regelmässig mit dem subjektiven Wert der Parteien decken.

nicht gleich hoch zu werten seien.⁴⁴⁰ Bei dieser relativ seltenen Konstellation, in welcher unterschiedliche objektive Interessen bestehen, kommen grundsätzlich drei Bewertungsmöglichkeiten⁴⁴¹ in Betracht, indem man entweder dem Interesse einer der beiden Parteien mehr Gewicht beimisst oder aber unabhängig von der Parteirolle immer das höhere Interesse als massgebend erachtet.

158 SCHULLER zieht zur Begründung, weshalb auf den höheren Streitwert abzustellen ist, folgendes Beispiel heran:⁴⁴² Der Eigentümer einer Bibliothek hat jemandem aus einer seltenen Buchreihe einen einzelnen Band geliehen. Im Streit um das Eigentum an dem Buch ist der Streitwert für den Verleiher und den Entlehner nicht gleich zu berechnen. Der Verlust des Buchs bedeutet für den Eigentümer der Bibliothek eine Wertminderung der ganzen Buchreihe, zu der der geliehene Band gehört, ja unter Umständen sogar eine Wertminderung der ganzen Bibliothek. Für den Entlehner ist das Buch erheblich weniger wert, es sei denn, er wolle mit eben diesem Band eine Lücke in seiner eigenen, ähnlichen Buchreihe auffüllen. Besteht folglich ein grösseres wirtschaftliches Interesse einer Partei, so sei es sachgerecht, diesem Mehrwert bei der Streitwertfestlegung unabhängig von der Parteirollenverteilung Rechnung zu tragen.

159 Mit diesem Beispiel wird allerdings verkannt, dass die weitergehenden Interessen grundsätzlich unberücksichtigt zu bleiben haben.⁴⁴³ Massgebend ist alleine der Betrag, der sich erzielen liesse, wenn das Buch veräussert würde.⁴⁴⁴ Im genannten Beispiel wäre folglich allein der objektive Wert des Buchs ausschlaggebend, ohne Berücksichtigung, welchen Wert es einer Bibliothek zu verleihen mag. SCHULLER ist zwar insofern zuzustimmen, dass sich der objektive Wert des Buchs nicht alleine nach dem

⁴⁴⁰ BGE 109 II 245 E. 1 mit Verweis auf WURZBURGER, recours, Ziff. 190, und SCHULLER, 95, sowie BGE 92 II 62 E. 4; ebenso DONZALLAZ, Rz 1398. Zur uneinheitlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts vgl. allerdings Fn. 448.

⁴⁴¹ Theoretisch wären noch die Möglichkeiten denkbar, jeweils auf das tiefere Interesse oder auf den Durchschnitt der genannten Interessen abzustellen.

⁴⁴² SCHULLER, 98 f.

⁴⁴³ Vgl. vorne Rz 152 ff. Insb. auch GOEPFERT, Streitwertberechnung, 74.

⁴⁴⁴ SCHNEIDER/HERGET, Rz 2698.

Materialwert bestimmt, da der objektive Wert wie bei einer Antiquität im Marktwert liegt. Lässt sich allerdings kein konkreter Marktwert finden und divergieren die objektiven Wertangaben der Parteien, erscheint es wenig sachgerecht, ohne weitere Begründung auf den höheren Streitwert abzustellen. Denn damit wird insb. gegen das systemimmanente Angreiferinteresseprinzip verstossen.⁴⁴⁵ Der Kläger kennt ein allfälliges höheres objektives Interesse der beklagten Seite bei Prozessbeginn noch nicht, womit er die Kostenfolgen seiner Klage nicht vorhersehen könnte. Da er aber das Streitobjekt des Prozesses überhaupt erst bestimmt, soll er sich auch der potenziellen Kosten möglichst bewusst sein und die Herrschaft über das Streitobjekt mit dem einhergehenden Kostenrisiko inne haben; ein Abstellen auf einen allfällig abweichenden objektiven Wert für den Beklagten würde dies vereiteln. Ausserdem würde ein Abstellen auf die beklagtische Angabe, welche ohne Anhebung einer Widerklage den Streitwert – und damit die finanziellen Konsequenzen, wie etwa die Kostenvorschusspflicht⁴⁴⁶ – beeinflussen könnte, Rechtswirkungen zeitigen, welche dem Zivilrecht fremd wären. Entgegen abweichender Meinungen⁴⁴⁷ ist es aus diesen Gründen m.E.

⁴⁴⁵ Vgl. dazu die Schlussfolgerungen vorne Rz 137 f.

⁴⁴⁶ SCHAI, Streitwert, 129, bringt zu Recht vor, dass in diesem Fall der Kläger zur Erhöhung seines Kostenvorschusses angehalten werden könnte bzw. müsste, was mit zivilprozessualen Grundsätzen nicht ohne weiteres vereinbar wäre.

⁴⁴⁷ BAUMANN, 282; SCHULLER, 95 f.; Gehri/Kramer-MOHS, Art. 91 N 4; Brunner/Gasser/Schwander-DIGGELMANN, Art. 91 N 22; BSK BGG-RUDIN, Art. 51 N 48; Botschaft ZPO, 7291; BK ZPO-STERCHI, Art. 91 N 15, jedoch nicht verallgemeinernd, vgl. N 18c.

sachgerecht, bei verschiedenen objektiven Interessen unter Beachtung des Angreiferinteresseprinzips stets auf das klägerische Interesse abzustellen.⁴⁴⁸

D. Art. 91 Abs. 2 ZPO

I. Fallgruppen der gesetzlichen Regelung

160

Art. 91 Abs. 2 ZPO normiert, dass das Gericht den Streitwert festsetzt, sofern das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautet und sich die Parteien nicht einigen oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind. Der Streitwert ist folglich zu schätzen.⁴⁴⁹ Dieser Bestimmung kommt eine entscheidende Bedeutung zu, denn sie beantwortet die wichtige Frage, wer den Streitwert festlegt, wenn dieser nicht direkt aus dem Rechtsbegehren hervorgeht, mithin ob die Schätzung des Streitwerts Aufgabe des Gerichts oder der Parteien ist, bzw. wie weit die Streitwertfestsetzung der Parteidisposition untersteht. Anders als etwa im deutschen Recht kommt der Vorschrift infolge fehlender normativer Wertvorschriften daher herausragende Bedeutung und nicht bloss die Funktion als Auffangnorm zu.⁴⁵⁰ Art. 91 Abs. 2 ZPO betrifft grundsätzlich nur die Streitwertfestlegung, wie sie im Entscheidungszeitpunkt zu erfolgen hat. Denn für die Festsetzung des provisorischen Streitwerts kann je nach

⁴⁴⁸ GL.M. RICKLI, Rz 232; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 26; SCHAI, Streitwert, 117; ZÜRCHER, Streitwert, 495; ZÜRCHER, Einzelrichter, 144, insb. Fn. 330; ROTH, 562; wohl auch GULDENER, ZPR, 109; HESS, 25; GOEPFERT, Streitwertberechnung, 17 und 74; BIRCHMEIER, 41 i.f.; MESSMER/IMBODEN, 84. Ähnlich aber auch BGE 116 II 431 E. 1, wonach «in der Regel» auf das klägerische Interesse abzustellen sei, bzw. BGer 5C.160/2006 E. 2, wonach sich der Streitwert nach der Vermögenseinbusse des Klägers bestimme und nur «subsidiär» nach dem finanziellen Interesse des Beklagten an der Abweisung. Die Auffassung, wonach die objektiven Interessen des Klägers massgebend sein sollen, entspricht in Deutschland ständiger Rechtsprechung, Stein/Jonas-ROTH, § 2 N 98 m.w.H, insb. Fn. 120; SCHNEIDER/HERGET, Rz 870. Vgl. auch die Sonderregelung betreffend Grunddienstbarkeiten in § 7 DZPO sowie die Streitwertbemessung bei Dienstbarkeiten, bei welchen i.d.R. ebenfalls auf den höheren Wert abgestellt wird, SCHNEIDER/HERGET, Rz 4208, mit einem Beispiel.

⁴⁴⁹ Statt vieler BGE 118 II 528 E. 2c; BGer 5A_461/2015 E. 3. Ebenso SCHAI, 118; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 25.

⁴⁵⁰ Die Festsetzung nach freiem Ermessen des Gerichts i.S.v. § 3 GKG kommt nur dort in Betracht, wo eine spezielle normative Vorschrift fehlt, vgl. Stein/Jonas-ROTH, § 3 N 1.

Verfahrensstadium (vor Klageantwort) noch nicht auf die Angaben der Parteien abgestellt werden, da solche von beklagter Seite in der Regel noch gar nicht vorliegen. Eine Einigung zwischen den Parteien i.S.v. Art. 91 Abs. 2 ZPO ist grundsätzlich so lange möglich, wie das Vorbringen neuer Tatsachen und Beweismittel bzw. Angriffs- und Verteidigungsmittel zulässig ist.⁴⁵¹

Der folgende Abschnitt zeigt die möglichen Fallgruppen auf, wie sie gemäss Art. 91 Abs. 2 ZPO im Urteilszeitpunkt vorliegen können, wenn ein Rechtsbegehren nicht auf einen bestimmten Betrag lautet. Denn je nach Konstellation liegt eine andere Überprüfungsbefugnis durch das Gericht vor, wobei es ausserdem vom Vorliegen objektiver Anhaltspunkte im Sachverhalt abhängt, inwieweit eine Überprüfung überhaupt vorgenommen werden kann.⁴⁵² Anhand welcher Kriterien der Streitwert nicht auf Geld lautender Begehren konkret festzulegen ist, wird anschliessend im Abschnitt zur Leistungsklage erörtert.⁴⁵³

Art. 91 Abs. 2 ZPO deckt drei mögliche Fallgruppen ab, wobei nach klarem Wortlaut stets vorausgesetzt ist, dass das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautet: ¹⁶²

- Die Parteien sind sich über den Streitwert einig und die Angaben sind nicht offensichtlich unrichtig.
- Die Parteien sind sich über den Streitwert einig, aber die Angaben sind offensichtlich unrichtig.
- Die Parteien sind sich über den Streitwert uneinig.

⁴⁵¹ RICKLI, Rz 162.

⁴⁵² Vgl. hinten Rz 166 ff.

⁴⁵³ Hinten Rz 223 ff.

II. Überprüfungsbefugnis des Gerichts

163 In sämtlichen drei möglichen Fallgruppen gemäss Art. 91 Abs. 2 ZPO hat das Gericht – entgegen dem Wortlaut – eine eigene Streitwertschätzung vorzunehmen. Es muss die Streitwertangaben der Parteien von Amtes wegen prüfen, indem es selbst zur Streitwertbemessung eine objektive Streitwertschätzung vornimmt; anders wäre eine Überprüfung der (auch übereinstimmenden) Parteiangaben gar nicht möglich.⁴⁵⁴ Betreffend die Streitwertbemessung gilt das Prinzip der materiellen Wahrheit.⁴⁵⁵ Bereits an dieser Stelle ist festzuhalten, dass eine fehlerhafte Streitwert**berechnung** immer vom Gericht korrigiert werden muss, denn es handelt sich in jedem Fall um eine offensichtliche Fehlerhaftigkeit i.S.v. Art. 91 Abs. 2 ZPO (Verstoss gegen Gesetz oder Rechtsprechung). Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich daher auf eine Korrektur durch das Gericht bei der Streitwert**bemessung**, mithin der Bewertung eines unbeziferten Streitobjekts.

164 Die aufgestellte Regel, wonach der Streitwert nach objektiven Kriterien zu bemessen ist,⁴⁵⁶ scheint in einem gewissen Widerspruch mit der vorgesehenen Parteidisposition bzgl. der Streitwertfestlegung zu stehen. Allerdings ergibt sich daraus lediglich, dass das Gericht stets selbst einen objektiven Wert festlegen muss, damit es die Angaben der Parteien auf deren offensichtliche Fehlerhaftigkeit überprüfen kann. Der Fall, in welchem ausschliesslich auf die Angaben der Parteien abzustellen ist, kommt demnach nur dort in Frage, wo keinerlei Angaben im Sachverhalt über einen objektiven, tatsächlichen Wert aufzufinden sind, dem Gericht also eine objektive Überprüfung gar nicht möglich ist. In allen anderen Fällen wird das Gericht jeweils eine eigene, objektive Streitwertschätzung vornehmen müssen und diese den Angaben der Parteien gegenüberstellen. Generell kann als Grundsatz festgehalten werden: Je mehr Anhaltspunkte die Parteien zum Streitwert liefern, desto differenzierter muss sich das

⁴⁵⁴ Gl.M. RICKLI, Rz 173. Vgl. auch BGer 5A_461/2015 E. 3. Zum richterlichen Prüfungsrecht, auch mit kritischen Anmerkungen dazu, GOEPFERT, Streitwertberechnung, 64 f. Vgl. auch SCHNEIDER, Korrektur, 99.

⁴⁵⁵ SCHNEIDER/HERGET, Rz 264.

⁴⁵⁶ Vgl. vorne Rz 140 sowie Rz 149 ff. Vgl. auch SUTTER-SOMM, Rz 616.

Gericht mit den Parteiangaben auseinandersetzen. Dies gilt im Besonderen dann, wenn es von den Parteiangaben abzuweichen gedenkt.⁴⁵⁷

Die von Art. 91 Abs. 2 ZPO erfassten drei möglichen Fallgruppen sind somit von zwei 165
grundsätzlich unterschiedlichen Konstellationen abhängig, welche die Überprüfungs-
befugnis durch das Gericht abweichend beeinflussen: Einerseits Verfahren, welche
auch im Verlaufe des Prozesses keinerlei Aufschluss über ein objektives Streitwertin-
teresse geben. Andererseits Verfahren, die bei Klageanhebung zwar unbeziffert sind,
im Verlaufe des Prozesses – d.h. in einer zweiten Phase – jedoch ein gewisser Schluss
auf den Streitwert anhand objektiver Kriterien ermöglicht wird. Die beiden Katego-
rien unterscheiden sich dahingehend, dass dem Gericht bei der Beurteilung der offen-
sichtlichen Unrichtigkeit eine unterschiedlich grosse Überprüfungsbefugnis bzw.
Überprüfungsmöglichkeit in Bezug auf die Parteiangaben zum Streitwert zukommt.
Eine direkte Gleichsetzung von «offensichtlich unrichtig» i.S.v. Art. 91 Abs. 2 ZPO und
«willkürlich» wie der Begriff u.a. in Bezug auf die Beschwerdegründe (Art. 320 lit. b
ZPO bzw. Art. 97 Abs. 1 BGG) verwendet wird, ist daher nicht angezeigt.⁴⁵⁸ Dennoch
kann die zur Willkür ergangene Rechtsprechung zur Auslegung der offensichtlichen
Unrichtigkeit herangezogen werden.⁴⁵⁹

III. Objektive Anhaltspunkte im Sachverhalt

1. Objektive Anhaltspunkte im Sachverhalt fehlen

Die erste Konstellation – die wohl seltenere – deckt vermögensrechtliche Klagen ab, 166
deren Streitwert weitgehend von der Subjektivität der Parteien abhängt, d.h., wo
einzig die Parteien dem Streitobjekt einen subjektiven Wert beimessen können. Häu-

⁴⁵⁷ Vgl. insb. die Ausführungen vorne Rz 142.

⁴⁵⁸ Im Ergebnis gleich, aber auf dem Begriff der Willkür aufbauend RICKLI, Rz 168 ff.

⁴⁵⁹ Vgl. auch RICKLI, Rz 170.

fig verfügen auch nur die Parteien überhaupt über notwendige Anhaltspunkte, welche für eine Streitwertschätzung erforderlich sind. Klassisches Beispiel⁴⁶⁰ ist der Wert einer Marke: Ein objektiver Streitwert lässt sich einem solchen Begehren nicht direkt entnehmen und sachdienliche Zahlen fehlen regelmässig. Der Streitwert ist mit anderen Worten extrem schwierig zu schätzen – auch im Verlaufe des Prozesses ändert sich dies nicht.

- 167 Für die Festlegung des konkreten Streitwerts ist gemäss Art. 91 Abs. 2 ZPO je nach Fallgruppe anders vorzugehen: Da konkrete Anhaltspunkte fehlen, ist in erster Linie auf die übereinstimmenden Angaben der Parteien zum Streitwert – sozusagen als Idealfall – abzustellen. Bei dieser Fallgruppe ist zu berücksichtigen, dass den Parteien ein grosser Ermessensspielraum verbleibt, mangelt es doch auch ihnen an objektiven Anknüpfungspunkten. Diesem Spielraum soll das Gericht Rechnung tragen, indem es übereinstimmende Angaben der Parteien nur äusserst restriktiv überprüft bzw. korrigiert, und nicht sein eigenes Ermessen an Stelle desjenigen der Parteien setzt. Mithin kann in Fällen fehlender objektiver Angaben zum möglichen Wert eines Streitobjekts nur sehr zurückhaltend eine offensichtliche Unrichtigkeit i.S.v. Art. 91 Abs. 2 ZPO angenommen werden.⁴⁶¹ Da in dieser Fallgruppe objektive Anhaltspunkte fehlen, kann eine solche offensichtliche Unrichtigkeit m.E. nur dann vorliegen, wenn die Parteien übereinstimmend den Streitwert absichtlich zu tief beziffern, um höhere Gerichtskosten zu umgehen. Eine solche Konstellation dürfte allerdings eher selten anzutreffen sein, da sie eine Einigung zwischen den Parteien über den Wert des Verfahrens vor Klageeinleitung voraussetzt und die Gerichtskosten im Normalfall im Verhältnis zu der auf dem Spiel stehenden Forderung sowieso relativ moderat ausfallen. Andere Fälle, in welchen der Richter bei Einigung der Parteien aufgrund offen-

⁴⁶⁰ Weitere Beispiele: Wert von Verstössen gegen den lautereren Wettbewerb sowie Editionsbegehren, Informationsbegehren, vorsorgliche Beweisführung o.ä., sofern ihnen kein bezifferbarer Anspruch zugrunde liegt.

⁴⁶¹ Eine Überprüfung ist aber dennoch möglich. Ähnlich zum deutschen Recht HILLACH/ROHS, 477, sowie Stein/Jonas-ROTH, § 2 N 96, allerdings dem Gericht einen weiteren Ermessensspielraum einräumend, indem in den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien nur eine unverbindliche Anregung an das Gericht zu erblicken sei.

sichtlicher Unrichtigkeit einschreiten darf, sind wohl kaum denkbar, ausser es handelt sich, wie bereits ausgeführt, um eine fehlerhafte Streitwertberechnung.⁴⁶²

Gerade wenn Anhaltspunkte zu einem bestimmten Wert fehlen, werden die Parteien in der Regel aber keine übereinstimmenden Angaben zum Streitwert machen und aus einer fehlenden Äusserung des Beklagten ist nicht ohne weiteres auf eine Einigung zu schliessen.⁴⁶³ In diesem Fall hat das Gericht den Streitwert nach pflichtgemäsem Ermessen zu schätzen. Das Ermessen ist dabei nicht frei, sondern an Recht und Billigkeit gebunden.⁴⁶⁴ Äussern sich die Parteien zum Streitwert, hat sich das Gericht bei dieser Fallgruppe in erster Linie an der klägerischen Streitwertangabe zu orientieren, da aufgrund der privatautonomen Gestaltungsfreiheit im Zivilprozess grundsätzlich die klagende Partei das Streitobjekt bestimmt und deshalb ihr Interesse die Grundlage für die Streitwertbemessung bildet (Angreiferinteresseprinzip).⁴⁶⁵ Der Fall ist ähnlich gelagert wie derjenige, wo mehrere objektive Anhaltspunkte vorhanden sind und deshalb auf das Interesse des Klägers abzustellen ist.⁴⁶⁶ Die klägerische Angabe basiert zwar auf einer gewissen subjektiven Wertung,⁴⁶⁷ was jedoch aufgrund fehlender objektiver Anhaltspunkte hinzunehmen ist, da dem Kläger nicht leichthin eine missbräuchliche Streitwertangabe unterstellt werden darf. Dies gilt umso mehr, je substantiierter die klägerischen Ausführungen zum Streitwert erfolgen.⁴⁶⁸ Nicht zuzu-

⁴⁶² Eine korrekte Streitwertberechnung in immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten ist indes nicht immer einfach, da es insb. eine Mehrheit von Anträgen zu berücksichtigen gilt und nicht nur der Wert der Marke den Streitwert darstellt.

⁴⁶³ Dazu ausführlich hinten Rz 175.

⁴⁶⁴ Statt vieler BAUMANN, 284.

⁴⁶⁵ Ebenso SCHULLER, 90; HESS, 25 und 35; GOEPFERT, Streitwertberechnung, 17 f.; SCHAI, Streitwert, 129; BAUMANN, 281; GULDENER, ZPR, 109 f.; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 26 m.w.H. Ähnlich auch ZÜRCHER, Streitwert, 496. Vgl. dazu auch OBERHAMMER, 180, betreffend Klagen auf Feststellung des Fortbestands eines Arbeitsverhältnisses.

⁴⁶⁶ Vgl. die Ausführungen bei verschiedenen objektiven Interessen, vorne Rz 157 f. Gleiches gilt im deutschen Recht, vgl. Stein/Jonas-ROTH, § 2 N 98.

⁴⁶⁷ Vgl. vorne Rz 149 ff.

⁴⁶⁸ SCHAI, Streitwert, 119. SCHAI weist zu Recht darauf hin, dass das Gericht umso eher bereit sei, der Streitwertschätzung des Klägers indiziellen Charakter beizumessen, je detaillierter die klägerischen Ausführungen ausfielen. Vgl. auch SCHNEIDER/HERGET, Rz 252.

stimmen ist der Ansicht, wonach das Gericht bei Uneinigkeit der Parteien auf den höheren Betrag abzustellen hat.⁴⁶⁹ Das Gericht hat insofern eine objektivierte Überprüfung der Angabe vorzunehmen, als dass keine wesentlichen Anhaltspunkte gegen die klägerische Annahme – insb. aufgrund der Argumente der Gegenpartei – sprechen. Im Gegensatz zur Ausgangslage bei übereinstimmenden Parteiangaben darf das Gericht zwar nicht mehr nur bei einer offensichtlich fehlerhaften Bemessung einschreiten, sollte sich aber auch in dieser Konstellation um äusserste Zurückhaltung bemühen und sich etwa innerhalb des von den Parteien vorgegebenen Rahmens bewegen. Eine gerichtliche Überprüfung und Bemessung kann dabei umso eingehender erfolgen, je substantiierter und ausführlicher sich auch die Gegenpartei zum Streitwert äussert. Bei seiner Überprüfung kann es sich neben den Parteiangaben an Präjudizien und Erfahrungswerten orientieren; diese dienen häufig als Ausgangslage für eine objektivierte Beurteilung bei der Streitwertfestlegung.⁴⁷⁰ Sofern das Gericht der klägerischen Schätzung nicht folgen will, hat es schliesslich einen Ermessensentscheid über die angemessene Höhe des wirtschaftlichen Werts des Streitobjekts zu treffen.⁴⁷¹ Dieser Entscheid, bzw. weshalb von der klägerischen Darstellung abgewichen wird, ist als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu begründen.⁴⁷²

2. Objektive Anhaltspunkte im Sachverhalt sind vorhanden

169

Unter die zweite Konstellation fallen jene Verfahren, in welchen das Rechtsbegehren wiederum nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautet, sich aber im Laufe des Prozesses objektive Anhaltspunkte zur möglichen Bemessung des Streitwerts ergeben.⁴⁷³ Hier besteht ebenfalls eine Überprüfungsmöglichkeit durch das Gericht, wobei diese

⁴⁶⁹ So etwa BAUMANN, 285 mit Verweis auf den früheren § 22 Abs. 1 ZPO ZH.

⁴⁷⁰ Dies gilt im Besonderen bei Streitigkeiten im Immaterialgüterrecht, bei welchen sich gewisse Annahmen in Lehre und Rechtsprechung durchgesetzt haben, vgl. hinten Rz 269 ff.

⁴⁷¹ ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 25. Ebenso BGE 133 III 490 E. 3.3.

⁴⁷² Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 53 Abs. 1 ZPO. Vgl. auch BGE 129 I 232 E. 3.2; 124 I 241 E. 2 m.w.H.; BGer 4P.224/2006 E. 3.

⁴⁷³ Z.B. bei unbezifferten Forderungsklagen etc. Zum Vorgehen in zwei Phasen vgl. hinten Rz 210 ff.

aber nicht mehr auf offensichtliche Fehlerhaftigkeit der Parteiangaben beschränkt ist. Das Vorgehen zur Bemessung des Streitwerts bzw. die Überprüfungsbefugnis des Gerichts gestaltet sich je nach Parteiangabe wie folgt:

Sind sich die Parteien über die Höhe des Streitwerts einig, d.h., hat der Beklagte in seiner Klageantwort den klägerischen Ausführungen zum Streitwert ausdrücklich zugestimmt, hat diese übereinstimmende Angabe gemäss Art. 91 Abs. 2 ZPO grundsätzlich als Streitwert zu gelten.⁴⁷⁴ Die Überprüfungsbefugnis des Gerichts ist in dieser Konstellation allerdings grösser, als wenn keine objektiven Anhaltspunkte im Sachverhalt vorhanden sind. Denn das Gericht kann die Angaben der Parteien nur dann ohne weiteres übernehmen, wenn es anhand der objektiven Angaben zum gleichen oder zumindest nur leicht abweichenden Ergebnis kommt. Eine objektive Fehlerhaftigkeit der Parteiangaben i.S.v. Art. 91 Abs. 2 ZPO kann demnach leicht (oder zumindest leichter als beim Fehlen von objektiven Angaben im Sachverhalt) angenommen werden, da dem Gericht eine objektive Bemessungsgrundlage vorliegt, es mithin seinen abweichenden Ermessensentscheid auch entsprechend begründen kann. Bei der Begründung der abweichenden Streitwertannahme hat sich das Gericht indes ausführlich mit den Parteiangaben und den vorhandenen Sachverhaltselementen auseinanderzusetzen. 170

Sind sich die Parteien hingegen nicht über die Höhe des Streitwerts einig, hat das Gericht den Streitwert von Amtes wegen nach pflichtgemässem Ermessen anhand der vorliegenden objektiven Anhaltspunkte, d.h. anhand von sachlichen Kriterien, festzusetzen. Den Angaben der Parteien kommt dabei nur indizieller Charakter zu; das Gericht hat sich mit den Vorbringen auseinanderzusetzen.⁴⁷⁵ Da im Sachverhalt allerdings entweder bereits zu Beginn objektive Anhaltspunkte vorliegen oder sich solche im Verlaufe des Prozesses ergeben, rücken diese zur Streitwertbemessung in den Vordergrund. Diese Fallgruppe ist in dieser Konstellation somit gleich zu behandeln 171

⁴⁷⁴ KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 91 N 9; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 25. Vgl. ebenfalls die Ausführungen hinten Rz 224 ff.

⁴⁷⁵ Ähnlich das deutsche Recht, vgl. Stein/Jonas-ROTH, § 2 N 95 f.; SCHNEIDER/HERGET, Rz 252 sowie Rz 2361.

wie der Fall, in welchem die Parteien den Streitwert zahlenmässig falsch berechnen oder eine Berechnungsvorschrift falsch anwenden.⁴⁷⁶ Auch hier hat der Richter den Streitwert ohne weiteres von Amtes wegen zu korrigieren.

- 172 Ein Beispiel dieser letzten Fallgruppe ist eine Klage auf Feststellung des erbrechtlichen Pflichtteils. Da der Kläger seinen Pflichtteil (noch) nicht kennt, lautet das Rechtsbegehren nicht auf eine bestimmte Summe oder er kann seinen Anspruch zumindest noch nicht exakt beziffern. Die klägerische Angabe zum mutmasslichen Streitwert i.S.v. Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO beruht deshalb nur auf einer groben Schätzung und dient in einer ersten Phase nur der Festsetzung des Kostenvorschusses, der Verfahrensart und dem vorläufigen Überprüfen der sachlichen Zuständigkeit.⁴⁷⁷ Sind sich die Parteien in einem solchen Fall zwar über den Streitwert einig, stellt sich dieser aber im Nachhinein, nämlich nach festgestellter Erbmasse und Erben, als falsch heraus, hat das Gericht eine Korrektur aufgrund offensichtlicher Unrichtigkeit ohne Einschränkung vorzunehmen und sich an diese objektive Angabe zum Wert des Streitobjekts zu halten. Mithin sind im vorliegenden Fall nicht die Angaben der Parteien massgebend, sondern der endgültige Streitwert bestimmt sich nach dem Wert des eingeklagten Pflichtteils.⁴⁷⁸ Ähnliches gilt, wenn beiden Parteien ein Fehler bei der Berechnung des Streitwerts unterläuft. Gehen bspw. beide Parteien davon aus, dass einem Unterlassungsbegehren kein eigener Streitwert zukommt, hat das Gericht entgegen den übereinstimmenden Parteiangaben von sich aus einen Streitwert festzulegen. Kann das Gericht somit den massgebenden Streitwert selbst anhand objektiver Angaben ermitteln, ist den Angaben der Parteien kaum Bedeutung beizumessen.

- 173 Zu erwähnen bleibt in diesem Zusammenhang, dass die unbezifferte Forderungsklage nicht unter die Vorschrift von Art. 91 Abs. 2 ZPO einzuordnen ist. Diese spezielle Klage richtet sich auf Leistung einer bestimmten Geldsumme, deren Höhe im Moment der Klageanhebung noch nicht festgelegt ist. Da sie sich jedoch am Ende des

⁴⁷⁶ Dazu zum deutschen Recht ROTH, 561. Vgl. ebenso bereits vorne Rz 163.

⁴⁷⁷ Vgl. hierzu hinten Rz 184 ff.

⁴⁷⁸ Zur konkreten Berechnung des Streitwerts in erbrechtlichen Angelegenheiten vgl. hinten Rz 262 ff.

Verfahrens bestimmen lässt, sei dies durch den Kläger oder das Gericht selbst, fällt die unbezifferte Forderungsklage unter Art. 91 Abs. 1 ZPO, womit sich der Streitwert grundsätzlich nach dem später bezifferten Rechtsbegehren richtet.⁴⁷⁹

3. *Anordnung eines Gutachtens?*

Kann das Gericht weder anhand objektiver Angaben im Sachverhalt noch aufgrund der Parteiangaben auf eine befriedigende Lösung bzgl. der Streitwerthöhe schliessen, stünde ihm zur Festsetzung des definitiven Streitwerts grundsätzlich die Anordnung eines Gutachtens oder einer Expertise offen.⁴⁸⁰ Von dieser Möglichkeit sollte indes nur bei entsprechend grosser Diskrepanz zwischen den Angaben der Parteien, einer grösseren finanziellen Auswirkung auf die Prozesskosten sowie wenn das Gericht sich nicht im Stande sieht, einen Ermessensentscheid zu fällen, Gebrauch gemacht werden. Sind einigermassen plausible und nachvollziehbare Angaben in Klage und Klageantwort vorhanden, ist darauf basierend ein Ermessensentscheid zu fällen. Ausserdem ist für das Einleiten eines separaten Verfahrens zur Streitwertfestlegung mittels Einholens eines Gutachtens vorausgesetzt, dass dieses überhaupt zu einem Mehrwert oder zur definitiven Festlegung des Streitwerts führen kann, was nur selten der Fall sein wird.⁴⁸¹ Das blosses Erhoffen eines weiteren Anhaltspunkts ohne ein konkret erwartetes Ergebnis rechtfertigt den Aufwand und die entstehenden Kosten für das Einholen eines Gutachtens regelmässig nicht. Im Übrigen ist das Anordnen eines Gutachtens auch unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie und der Pflicht zur beförderlichen Prozessleitung (Art. 124 Abs. 1 ZPO) grundsätzlich abzulehnen.

⁴⁷⁹ Vgl. ausführlich hinten Rz 305 ff.

⁴⁸⁰ Statt vieler DONZALLAZ, Rz 1394; RICKLI, Rz 194. Vgl. ebenfalls z.B. BGE 92 II 62 E. 1 f. betreffend eine gutachterliche Schätzung des Streitwerts einer Grunddienstbarkeit (Wegrecht). Im Kanton Zürich war der Beizug solcher Hilfsmittel aufgrund der Gesetzesmaterialien und der historischen Entwicklung gänzlich verboten, vgl. HESS, 61 mit Verweis auf BGE 26 I 63.

⁴⁸¹ Gl.M. etwa MEYER, 561 mit Hinweis auf die von drei verschiedenen Experten dreimal unterschiedlich bewertete Marke «Coca Cola». Ebenso SCHNEIDER/HERGET, Rz 4773.

IV. Schweigen der Gegenpartei als Zustimmung?

175

Fraglich ist, ob aus dem Schweigen der beklagten Partei auf eine Zustimmung zu den klägerischen Ausführungen zum Streitwert geschlossen werden darf, mithin eine konkludente Einigung über den Streitwert i.S.v. Art. 91 Abs. 2 ZPO anzunehmen ist. Eine solche Auslegung ist heikel. Das fehlende Bestreiten der klägerischen Behauptungen führt zwar dazu, dass diese einem Entscheid grundsätzlich als unbestritten zugrunde gelegt werden müssen.⁴⁸² Eine Einigung der Parteien über die Höhe des Streitwerts, wie sie im Gesetz vorgesehen ist, lässt sich daraus aber nicht direkt ableiten, obwohl das Bundesgericht und die Rechtsprechung mehrheitlich in diese Richtung tendieren.⁴⁸³ Aus dem Fehlen einer abweichenden Streitwertbezeichnung der beklagten Partei direkt auf eine konkludente Zustimmung i.S.v. Art. 91 Abs. 2 ZPO zu schliessen, geht m.E. (zu) weit. Dieser Schluss führt jedoch in der Regel nicht zu einem abweichenden Ergebnis im Vergleich zur Annahme einer konkludenten Einigung. Denn bei Fehlen entsprechender Behauptungen verzichtet der Beklagte auf die Darstellung seiner Einschätzung bzgl. des Streitwerts, weshalb dem Gericht nur die Ansicht einer Partei aufgezeigt wird und es sich in einem allfälligen Ermessensentscheid bloss mit diesen Ausführungen auseinandersetzen muss. Die Angabe des Klägers dient zwar nur der Orientierung und dem Gericht obliegt ein weitgehendes Ermessen bei der selbständigen Festsetzung des Streitwerts, in der Regel wird das Gericht aber den vom Kläger vorgebrachten – und häufig einzigen – Anhaltspunkten weitgehend folgen, bzw. diese nur auf offensichtliche Fehlerhaftigkeit überprüfen.⁴⁸⁴ Sieht sich das Gericht trotz Streitwertangabe des Klägers nicht im Stande, einen Ermessensentscheid zu fällen, besteht immerhin die Möglichkeit, den Beklagten auf-

⁴⁸² BK ZPO-HURNI, Art. 55 N 37.

⁴⁸³ Ähnlich, aber nie ausdrücklich und wenig konstant, das Bundesgericht bereits zum aOG, BGE 52 II 292 E. 1 und 2; 43 II 114 E. 1; 43 II 734 E. 2; 42 II 72 E. 3; 28 II 78 E. 3. Ebenfalls eher in Richtung Annahme einer stillschweigenden Zustimmung BGE 107 II 179 E. 1; BGer 4C.9/2003 E. 1.2. Ausdrücklich von einer konkludenten Zustimmung ausgehend HGer AG vom 2. Dezember 2011, HSU.2011.149, E. 16.1, publ. in CAN 2012 Nr. 51 S. 149. Ebenso RICKLI, Rz 156; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 15 Rz 6; BAUMANN, 285.

⁴⁸⁴ Gl.M. ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 25.

grund der gerichtlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) zur Streitwertangabe aufzufordern.⁴⁸⁵

V. Verzicht auf eine Streitwertangabe?

Nach Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO hat der Kläger in seiner Klage den Streitwert anzugeben.¹⁷⁶ Die Klageantwort hat sich ebenfalls zum Streitwert zu äussern (Art. 222 Abs. 2 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO). Dieser formellen Vorschrift ist allerdings nicht allzu streng nachzuleben und das Gericht sollte grundsätzlich darauf verzichten, die Klage zur Verbesserung zurückzuweisen bzw. eine Partei aufzufordern, eine Bezifferung des Streitwerts nachzureichen. Dies gilt entgegen dem klaren Wortlaut von Art. 221 Abs. 1 ZPO sicherlich für Fälle, in welchen das Rechtsbegehren auf eine bestimmte Geldsumme lautet,⁴⁸⁶ aber m.E. auch dann, wenn sich der Streitwert ohne weiteres aus den Ausführungen oder den Akten ergibt. Denn das Gericht hat die Streitwertangaben der Parteien so oder anders auf deren Richtigkeit zu überprüfen und kann nicht einfach auf die Parteiangaben abstellen.⁴⁸⁷ Der Verzicht auf eine Angabe zum Streitwert ist im Regelfall deshalb dahingehend zu interpretieren, dass die betreffende Partei Ausführungen für unnötig hält und die Streitwertbestimmung dem Gericht überlässt.

Von einer expliziten Streitwertbezifferung kann ausserdem abgesehen werden, wenn sich diese bereits aus anderen Umständen, bspw. aus früheren Anträgen oder implizit aus den Ausführungen einer Partei, ergibt. Unter Umständen kommt auch das selbständige Einholen der erforderlichen Zahlen durch den Instruktionsrichter in Betracht (z.B. eine Schätzung mittels Steuerunterlagen eines Grundstücks), da es die Prozessvoraussetzungen und damit den Streitwert von Amtes wegen abzuklären gilt, ohne an die Parteivorbringen gebunden zu sein (vgl. Art. 60 ZPO). Von dieser Möglichkeit des selbständigen Einholens von Unterlagen wird und sollte der Instruktionsrichter jedoch nur zurückhaltend Gebrauch machen. Im Zweifelsfall ist der sich aus der Klage-

⁴⁸⁵ Vgl. dazu auch hinten Rz 178.

⁴⁸⁶ RICKLI, Rz 117. Vgl. auch HILLACH/ROHS, 475 f.

⁴⁸⁷ Zur gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeit vgl. vorne Rz 160 ff. sowie hinten Rz 182 f.

schrift ergebende Streitwert bloss vorläufig anzunehmen und die Parteien sind anlässlich der Instruktions- oder Hauptverhandlung zur Bezifferung aufzufordern, da eine endgültige Bestimmung des Streitwerts durch das Gericht erst bei Urteilsfällung erfolgt.⁴⁸⁸

178 Fehlen Angaben zum Streitwert und benötigt das Gericht weitere Angaben, um überhaupt einen vorläufigen Streitwert bestimmen zu können, sollte der Instruktionsrichter aufgrund der gerichtlichen Fragepflicht den Kläger unter Ansetzung einer Frist zur Bezifferung auffordern.⁴⁸⁹ Gleiches gilt, wenn der Kläger sich mit der Behauptung, eine bestimmte Streitwertschwelle sei überschritten, begnügt und weitere Angaben benötigt werden. Eine solche Aufforderung sollte indessen der Ausnahmefall bleiben und kommt sowieso nur in Betracht, wenn der Erhalt geeigneter Unterlagen überhaupt wahrscheinlich ist.⁴⁹⁰ Wenn die sachliche Zuständigkeit oder Verfahrensart umstritten ist, empfiehlt sich ein Nachfragen schriftlich direkt nach Klageeinreichung, ansonsten kann damit auch bis zur Instruktionsverhandlung zugewartet werden.⁴⁹¹

179 Werden die Parteien zur Einreichung weiterer Unterlagen oder zur Streitwertbezifferung aufgefordert, ist fraglich, welche Rechtsfolge ein allfälliges Versäumnis nach sich zieht. Insb. stellt sich die Frage, ob die Klage, welche den Streitwert auch nach entsprechender Aufforderung zur Verbesserung nicht nennt, dem Kläger sogar retourniert (i.S.v. Art. 132 Abs. 1 ZPO) werden könnte. Dies wäre zumindest eine nicht völlig abwegige Rechtsfolge, sofern der Streitwert als formelle Voraussetzung der Klageschrift betrachtet würde (Art. 221 Abs. 1 i.V.m. Art. 132 Abs. 1 ZPO). Eine solche Betrachtung ist m.E. aber falsch und wäre zudem – insb. unter dem Aspekt des Verbots des überspitzten Formalismus – keine adäquate Rechtsfolge. Denn Art. 91 Abs. 2 ZPO überlässt die Streitwertfestsetzung bzw. dessen Kontrolle dem Gericht, weshalb es bei

⁴⁸⁸ Zum Verfahren der Streitwertbestimmung insb. hinten Rz 210 ff.

⁴⁸⁹ Vgl. aber BGE 140 III 409 E. 4.3.2.

⁴⁹⁰ So macht es kaum Sinn, vom Kläger weitere Unterlagen, z.B. Umsatzzahlen, einzufordern, wenn es um die Bemessung des Streitwerts in einem Markenrechtsfall geht, da solche Zahlen nicht direkt streitwertrelevant sind, vgl. hinten Rz 269 ff.

⁴⁹¹ RICKLI, Rz 142.

fehlenden Angaben ohne weiteres einen Ermessensentscheid über die mutmassliche Höhe des Streitwerts fällen kann. Dies gilt bspw. auch für den Fall, in welchem der Kläger (bzw. Gesuchsteller) eine superprovisorische Massnahme beantragt und sich nicht zum Streitwert äussert. Unterlässt dieser – insb. auch nach erneuter Aufforderung des Gerichts – allerdings die Bezifferung des Streitwerts, läuft er Gefahr, dass der vom Gericht geschätzte Streitwert eine andere Zuständigkeit nach sich zieht und auf die Klage nicht eingetreten wird.⁴⁹² Es handelt sich somit lediglich um eine prozessuale Obliegenheit der Parteien, deren Erzwingen nicht möglich sein soll, ein Versäumnis aber zum Wegfall von Vorteilen führen kann.⁴⁹³ Dem Kläger könnte daher lediglich angedroht werden, dass im Säumnisfall das Gericht den Streitwert von sich aus schätzen werde.⁴⁹⁴ Dies gilt umso mehr, wenn sich die beklagte Partei nicht zum Streitwert äussert.⁴⁹⁵ Das Gericht hat diesfalls selbst einen vorläufigen Streitwert anzunehmen, den es unter Berücksichtigung der klägerischen Angabe für angemessen hält. Bringen die Parteien schliesslich auch im Laufe des Verfahrens keine brauchbaren Angaben zum Streitwert vor, ist ein erneuter Ermessensentscheid zu fällen. Der weggefallene Vorteil, welcher das Versäumnis der Bezifferung nach sich zieht, liegt in der fehlenden Legitimation, eine fehlerhafte Streitwertfestsetzung durch das Gericht später rügen zu können. In einem allfälligen Rechtsmittelverfahren ist der festgelegte Streitwert aufgrund der Säumnis der Parteien folglich keiner Überprüfung mehr zugänglich.⁴⁹⁶

Den Parteien ist stets zu empfehlen, Angaben zum Streitwert zu machen. Dies gilt 180
auch für das Verfahren vor Bundesgericht. Obwohl die bundesgerichtliche Rechtsprechung mit Inkrafttreten des BGG geändert hat und eine Streitwertangabe – aufgrund

⁴⁹² So etwa in BGE 140 III 409 E. 4.3.2.

⁴⁹³ Ausführlich und überzeugend RICKLI, Rz 138 ff. Ebenso HUGI, 250.

⁴⁹⁴ Vgl. SHK ZPO-SCHLEIFFER MARAIS, Art. 91 N 18; ZÜRCHER, Streitwert, 495; ZÜRCHER, Einzelrichter, 177; SCHÖNBÄCHLER, 411. Ähnlich zum deutschen Recht HILLACH/ROHS, 477. Zur Möglichkeit, ein Gutachten zur Bestimmung des Streitwerts einzuholen, vorne Rz 174.

⁴⁹⁵ Zur Problematik, ob eine fehlende Angabe des Beklagten als Zustimmung zu gelten hat, vorne Rz 175.

⁴⁹⁶ Ebenso RICKLI, Rz 133; SCHAI, Streitwert, 119 mit Verweis auf BGer 4P.321/2006 E. 4.2. Vgl. auch hinten Rz 212 ff. sowie Rz 352.

der nunmehr bestehenden Möglichkeit den Streitwert nach Ermessen selbst festzusetzen (Art. 51 Abs. 2 BGG) – grundsätzlich nicht mehr Gültigkeitserfordernis der Beschwerde ist,⁴⁹⁷ gibt es auch Fälle, in welchen das Bundesgericht auf eine Beschwerde nicht eingetreten ist. Dies mit der Begründung, der Streitwert lasse sich nicht schätzen und es sei nicht mit Sicherheit festzustellen, ob die Streitwertschwelle von Fr. 30'000.-- erreicht sei.⁴⁹⁸ Der Streitwert muss sich aufgrund des angefochtenen Entscheids, den kantonalen Akten oder der Beschwerdeschrift irgendwie schätzen lassen, ansonsten ein Nichteintreten durch das Bundesgericht riskiert wird.⁴⁹⁹ Eine solche Handhabung erscheint – insb. seit Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung – als zu formalistisch. Zwar hat der Beschwerdeführer gemäss Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ausreichende Elemente anzuführen, die dem Bundesgericht eine einfache Schätzung des Streitwerts ermöglichen. Kam der Beschwerdeführer dieser Obliegenheit jedoch bereits in der Klage nicht nach (Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO) und verlangte die Vorinstanz dennoch keine weiteren Angaben zum Streitwert, erscheint es überspitzt formalistisch und nicht sachgerecht, wenn das Bundesgericht im Beschwerdeverfahren mit dem Hinweis auf die fehlende Streitwertangabe auf die Beschwerde nicht eintritt. Denn offensichtlich war es der Vorinstanz – auch ohne Rückgriff auf die gerichtliche Fragepflicht – möglich, eine eigene Streitwertschätzung vorzunehmen. Ist das Bundesgericht zur selbständigen Bezifferung nicht in der Lage, wäre es daher vorzuziehen, auf den durch die Vorinstanz ermittelten Streitwert abzustellen.

VI. Streitwertangabe im Urteil der Vorinstanz

181

Die obere bzw. einzige kantonale Instanz hat grundsätzlich die Pflicht, einen ans Bundesgericht weiterziehbaren Entscheid mit einer Streitwertangabe zu versehen (Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG). Eine analoge Vorschrift in der ZPO betreffend die erste

⁴⁹⁷ RICKLI, Rz 448 m.w.H., insb. Fn. 1130. Vgl. auch GOEPFERT, Streitwertberechnung, 60.

⁴⁹⁸ BGE 136 III 60 E. 1.1.2; ähnlich BGE 109 II 491 E. 1dd. Vgl. ebenfalls MESSMER/IMBODEN, 150 f.

⁴⁹⁹ Vgl. BGer 4A_465/2008 E. 1.5; 4A_123/2008 E. 1.1; 5A_369/2007 E. 1, nicht publ. Erw. in BGE 134 I 16. Vgl. auch RICKLI, Rz 448.

Instanz besteht nicht.⁵⁰⁰ Bezüglich der Pflicht zur Streitwertangabe nimmt das Bundesgericht indes eine wenig formalistische Haltung ein und begnügt sich regelmässig mit der Angabe im vorinstanzlichen Entscheid, wonach die erforderliche Streitwertschwelle überschritten worden sei. Es handelt sich denn auch um eine blosser Ordnungsvorschrift, deren Nichtbefolgung normalerweise keine Konsequenzen nach sich zieht.⁵⁰¹ Zwar könnte das Bundesgericht einen Entscheid ohne Streitwertangabe nach Art. 112 Abs. 3 BGG an die kantonale Vorinstanz zur Verbesserung zurückweisen oder ihn sogar aufheben. Dies rechtfertigt sich in der Regel jedoch nicht, da sich zumindest die Überschreitung der Streitwertschwelle meistens aufgrund der Akten feststellen lässt und die Bezifferung des Streitwerts durch die Vorinstanz für das Bundesgericht ohnehin nicht verbindlich ist.⁵⁰² Gerade in Bezug auf Auskunftsbeglehen weist es ausdrücklich darauf hin, dass in konstanter Praxis von einer exakten Bezifferung des Streitwerts abgesehen werden könne.⁵⁰³ Bei fehlender Angabe im Vorentscheid erscheint es daher angebracht, den vorinstanzlichen Richter einfach zur Stellungnahme einzuladen.⁵⁰⁴

E. Zwischenfazit

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass bei der Streitwertbemessung selten ausschliesslich auf eine Einigung der Parteien i.S.v. Art. 91 Abs. 2 ZPO abgestellt werden kann. In den häufigsten Fällen liegen entweder objektive Anhaltspunkte zum Streitwert vor oder die Parteien sind sich bzgl. des Streitwerts nicht einig. So oder anders wird das Gericht eigene Überlegungen zur Streitwertberechnung resp. Streitwertbemessung anstellen und einen Ermessensentscheid fällen müssen. Dabei hat es eine fehlerhafte Streitwertberechnung immer zu korrigieren. Bezüglich der Streitwertbe-

182

⁵⁰⁰ So ergibt sich eine entsprechende Pflicht insb. nicht aufgrund von Art. 238 ZPO, welcher den Mindestinhalt eines Urteils vorschreibt. Vgl. BSK CPC-TAPPY, Art. 91 N 49.

⁵⁰¹ RICKLI, Rz 445 mit Hinweisen auf Literatur sowohl zum BGG wie auch zum OG.

⁵⁰² ZK ZPO-STAEHELIN, Art. 238 N 26 mit Verweis auf BGE 123 III 67 E. 1b.

⁵⁰³ BGE 127 III 396 E. 1b/cc; BGer 5A_810/2008 E. 1.2; 5C.157/2003 E. 3.2.

⁵⁰⁴ BGE 95 II 14 E. 1. Vgl. auch DONZALLAZ, Rz 4523; RICKLI, Rz 445.

messung gilt folgender Grundsatz: Je weniger objektive Anhaltspunkte für eine Streitwertschätzung vorhanden sind, desto mehr hat sich das Gericht an den (allenfalls übereinstimmenden) Parteiangaben zu orientieren; in dieser Konstellation soll und kann nur eine Plausibilitätsprüfung vorgenommen werden. Bestehen hingegen genügend objektive Anhaltspunkte, die eine Streitwertschätzung durch das Gericht überhaupt ermöglichen, hat es den Streitwert unabhängig von den Parteiangaben selbst nach den vorhandenen objektiven Gesichtspunkten zu bestimmen. Je mehr Ausführungen die Parteien zum Streitwert vorbringen und ihre Angaben begründen, desto mehr muss sich das Gericht damit auseinandersetzen und eine abweichende Streitwertannahme rechtfertigen.

183 Aufgrund der Vorschrift von Art. 91 ZPO empfiehlt sich folgende Vorgehensweise für die Streitwertbestimmung im Entscheidungszeitpunkt⁵⁰⁵:

- Lautet das Rechtsbegehren auf eine bestimmte Summe, stellt diese den Streitwert dar (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Wie in allen Fällen müssen Streitwertberechnungsfehler korrigiert werden.
- Lässt sich der Streitwert eines nicht auf Geld lautenden Rechtsbegehrens anhand objektiver Anhaltspunkte im Sachverhalt bestimmen, setzt das Gericht den Streitwert weitgehend unabhängig von den Ausführungen der Parteien fest. Auch übereinstimmende Parteiangaben dienen lediglich als Hinweise für das Gericht.
- Fehlen objektive Anhaltspunkte, ist auf die übereinstimmenden Parteiangaben abzustellen. Diese sind nur bei offensichtlicher Unrichtigkeit zu korrigieren (Art. 91 Abs. 2 ZPO), wobei eine Korrektur nur im Fall von Rechtsmissbrauch denkbar ist.

⁵⁰⁵ Dies gilt nur für die definitive Festlegung des Streitwerts im Entscheidungszeitpunkt durch das urteilende Gericht. Für die lediglich provisorische Streitwertbestimmung durch den Instruktionsrichter ist auf die nachfolgenden Rz 184 ff. zu verweisen. Eine ähnliche kaskadenartige Vorgehensweise schlägt RICKLI, Rz 111, vor, wobei er diese nicht davon abhängig macht, ob objektive Anhaltspunkte vorhanden sind.

- Messen die Parteien dem Streitobjekt unterschiedliche Werte bei und fehlen weitgehend objektive Anhaltspunkte, sind die Parteiangaben als Entscheidungshilfen zu verstehen und das Gericht hat den Streitwert nach pflichtgemäßem Ermessen zu schätzen, wobei es sich mit den Parteiangaben auseinander zu setzen und in deren vorgegebenem Rahmen zu bewegen hat. Grösseres Gewicht ist dabei der klägerischen Angabe beizumessen.

§ 9 Der Streitwert in den verschiedenen Phasen des Zivilprozesses

184 Zwar sprechen Art. 91 ff. ZPO einheitlich vom «Streitwert» (ebenso Art. 221 Abs. 1 lit. c und Art. 308 Abs. 2 ZPO), doch gibt es, wie bereits aufgezeigt, verschiedene Arten von Streitwerten. So bezieht sich Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO hauptsächlich auf den Zuständigkeits- und Verfahrensstreitwert, da durch die Angabe in der Klage dem Gericht eine Überprüfung seiner Zuständigkeit ermöglicht werden soll, und Art. 308 Abs. 2 ZPO handelt nach der Systematik des Gesetzes ausschliesslich vom Rechtsmittelstreitwert. Der Einfachheit halber wurde von einer Differenzierung im Gesetz abgesehen. Die verschiedenen Streitwertarten ergeben sich insb. aufgrund der ihnen zukommenden Funktion im Verfahren. Diese hängt ihrerseits vom aktuellen Prozessstadium ab, mithin kommt dem Streitwert je nach Phase des laufenden Prozesses eine andere Funktion zu. Der Zuständigkeitsstreitwert etwa basiert bei Klageeinleitung bloss auf Schätzungen, wohingegen der Beurteilung des Gebührenstreitwerts bei Abschluss des Verfahrens der gesamte Prozessstoff zugrunde liegt. Der Streitwert wird folglich nicht zu Beginn eines Prozesses definitiv fixiert, sondern er kann infolge einer veränderten Beurteilungsbasis laufend Änderungen erfahren. Aus diesem Grund erscheinen Ausführungen zur jeweiligen Streitwertart nicht sinnvoll, sondern es wird die Rolle des Streitwerts in den verschiedenen Phasen im Laufe des Zivilprozesses aufgezeigt.

A. Vor erster Instanz

I. Bestimmungszeitpunkt des Streitwerts

185 In welchem Zeitpunkt der Streitwert zu bestimmen ist, regelt die ZPO nicht. Es stellt sich daher die Frage, wann der Wert des Streitobjekts fixiert wird, d.h., wann der massgebende Zeitpunkt für die Bewertung des Streitobjekts ist. Dabei geht es nachfolgend ausschliesslich um die Frage der Bemessung des Streitwerts eines nicht auf Geld

lautenden Rechtsbegehrens, insb. um die Problematik, falls das Streitobjekt (z.B. Aktien) eine Wertänderung erfährt.⁵⁰⁶ Nicht davon tangiert ist eine Streitwertanpassung, welche sich aufgrund neuer Angaben in den Akten aufdrängt; eine solche ist in jedem Fall erst bei der endgültigen Festsetzung im Entscheidungszeitpunkt vorzunehmen.⁵⁰⁷

In der Lehre zum kantonalen Recht wurde hauptsächlich vertreten, dass sich der Streitwert nach den Verhältnissen zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit bestimmt.⁵⁰⁸ Zumindest für die eidgenössische ZPO greift diese Sichtweise zu kurz. Da die verschiedenen Wirkungen der Rechtshängigkeit nicht ausnahmslos zusammenfallen, bedarf es der Differenzierung. Art. 64 ZPO nennt (aufgrund des Wortlauts nicht abschliessend) drei Wirkungen der Rechtshängigkeit: Die Sperr- oder Ausschlusswirkung (Abs. 1 lit. a), die *perpetuatio fori* (Abs. 1 lit. b) und die Fristenwirkung (Abs. 2).⁵⁰⁹ Diese treten gemäss Art. 62 Abs. 1 ZPO im Zeitpunkt der Einreichung eines Schlichtungsgesuchs, einer Klage, eines Gesuchs oder eines gemeinsamen Scheidungsbegehrens ein. Anders regelt dagegen Art. 65 ZPO die Fortführungslast, ebenfalls eine Wirkung der Rechtshängigkeit.⁵¹⁰ Mit Eintritt der Fortführungslast kann eine Klage nicht mehr ohne materiellen Rechtsverlust zurückgezogen werden. Art. 65 ZPO stellt nun klar, dass die Fortführungslast nicht zugleich mit der Rechtshängigkeit eintritt, auch wenn sie eine (verzögerte) Wirkung derselben bleibt. Denn die Fortführungslast tritt im Gegensatz zu den in Art. 64 ZPO normierten Wirkungen erst nach Zustellung der Klage an den Beklagten durch das Gericht oder aber (im Falle der Zu-

⁵⁰⁶ Ob eine nachträgliche Anpassung des einmal festgelegten Streitwerts erfolgen darf vgl. hinten Rz 195 f.

⁵⁰⁷ Vgl. hinten Rz 215 f.

⁵⁰⁸ GULDENER, ZPR, 110; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 18 N 2; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, § 18 N 2b; ebenso BSK BGG-RUDIN, Art. 51 N 49 m.w.H. A.A. STUDER/RÜEGG/EIHLER, § 18 N 3, sowie GOEPFERT, Streitwertberechnung, 66, der auf den Zeitpunkt der Klageerhebung abstellt. Zur Problematik der Rechtshängigkeit in internationalen Verhältnissen, insb. unter dem Lugano-Übereinkommen, vgl. Dasser/Oberhammer-DASSER, Art. 30 N 4 ff.; BSK IPRG-BERTI/DROESE, Art. 9 N 2.

⁵⁰⁹ BSK ZPO-INFANGER, Art. 64 N 1 f.; KUKO ZPO-BERTI, Art. 64 N 1.

⁵¹⁰ BSK ZPO-INFANGER, Art. 65 N 2 ff.; KUKO ZPO-BERTI, Art. 65 N 1.

stimmung des Beklagten zum Rückzug) überhaupt nicht ein.⁵¹¹ Der Eintritt der Fortführungslast tangiert die Frage des Zeitpunkts der Streitwertbemessung indes nicht unmittelbar, da es dabei nicht um die Frage des materiellen Rechtsverlusts geht. Daraus folgt nur, dass der Kläger seine Klage bis zur Zustellung an den Beklagten ohne Rechtsverlust zurückziehen kann, allerdings nicht ohne nachteilige Kostenfolge für das abgeschriebene Verfahren.⁵¹² Massgebend für die Festlegung des Werts des Streitobjekts muss somit bereits die Klageeinreichung beim Gericht sein, d.h. bei der erstmaligen Stellung des den Streitwert bestimmenden Rechtsbegehrens. Dies gilt umso mehr, als der Eingang der Klage den Parteien zu bestätigen ist (Art. 62 Abs. 2 ZPO) und sie damit über ihre Eigenschaft als Prozesspartei informiert sind. Ab diesem Zeitpunkt entfaltet der Streitwert erstmals seine Wirkung, indem das Gericht dem Kläger noch vor Zustellung der Klage an die Gegenpartei einen Kostenvorschuss basierend auf dem mutmasslichen Streitwert auferlegt. Massgebender Zeitpunkt für die Bestimmung des Streitobjekts ist somit die Klageeinreichung beim Gericht.⁵¹³

187

Fraglich bleibt, weshalb der Streitwert nicht bereits früher, d.h. mit Einreichung eines Schlichtungsgesuchs,⁵¹⁴ zu bestimmen ist, nachdem die Rechtshängigkeit gemäss Art. 62 Abs. 1 ZPO explizit in diesem Zeitpunkt eintritt. Es rechtfertigt sich m.E. aller-

⁵¹¹ Brunner/Gasser/Schwander-MÜLLER-CHEN, Art. 65 N 10 ff.; BSK ZPO-INFANGER, Art. 65 N 2; KUKO ZPO-BERTI, Art. 65 N 1.

⁵¹² Vgl. ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, Art. 65 N 14.

⁵¹³ Gl.M. GOEPFERT, Streitwertberechnung, 66; HESS, 39, der diesen Zeitpunkt als den natürlichsten und gegebenensten Moment für die Streitwertbestimmung bezeichnet. Ebenfalls RICKLI, Rz 418; BK ZPO-STERCHI, Vorbem. Art. 91–94 N 3; Brunner/Gasser/Schwander-DIGGELMANN, Art. 91 N 3; Gehri/Kramer-MOHS, Art. 91 N 7; BSK ZPO-RÜEGG, Art. 91 N 7. Im Ergebnis auch BAUMANN, 281 f. Bereits zum kantonalen Recht HESS, 40; Bühler/Edelmann/Killer-BÜHLER, §§ 16+17 N 6. Nicht differenzierend und auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit abstellend, eine Abweichung vom Schlichtungsverfahren jedoch trotzdem als streitwertrelevant betrachtend ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 12; ebenfalls nicht differenzierend KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 91 N 10. In Deutschland regelt § 4 DZPO den Zeitpunkt ausdrücklich: «Für die Wertberechnung ist der Zeitpunkt der Einreichung der Klage [...] entscheidend», vgl. HARTMANN, § 63 N 10; Stein/Jonas-ROTH, § 4 N 4, mit dem Hinweis auf den Grundsatz der Wertkonstanz.

⁵¹⁴ Wenn kein Schlichtungsverfahren stattfindet, stellt sich diese Frage nicht, da die beiden Zeitpunkte zusammenfallen, vgl. Art. 62 Abs. 1 ZPO.

dings nicht, bereits auf diesen Zeitpunkt abzustellen. Denn klagt ein Kläger nach Durchlaufen des Schlichtungsverfahrens – also nach Rechtshängigkeit seiner Klage – beim Gericht weniger ein als vor der Schlichtungsbehörde, ist dies nicht als Klagerückzug zu werten, da die Klage noch nicht beim Gericht eingereicht wurde und keine Rechtskraftwirkung einem erneuten Einreichen entgegenstünde. Dies gründet insb. im Umstand, dass das Verfahren vor der Schlichtungsbehörde hauptsächlich auf eine Einigung der Parteien abzielt, noch zu keiner Klageeinreichung verpflichtet und damit keine Fortführungslast eintritt. Der Streitwert wird in diesem Zeitpunkt deshalb nicht fixiert.⁵¹⁵ Zudem ist die Angabe des Streitwerts im Schlichtungsgesuch nicht zwingend notwendig, weshalb auch nicht darauf abgestellt werden kann.⁵¹⁶ Eine Änderung des Werts des dem Streitobjekt zugrunde liegenden wirtschaftlichen Guts zwischen Schlichtungsverfahren und Klageanhebung muss folglich bei der Streitwertbestimmung durch das erkennende Gericht ebenfalls berücksichtigt werden.⁵¹⁷ Dies schliesst indessen nicht aus, dass die Angabe des (zumindest vorläufigen) Streitwerts trotzdem für gewisse Fragen im Schlichtungsverfahren, wie insb. die Zulässigkeit eines Urteilsvorschlags gemäss Art. 210 Abs. 1 lit. c ZPO, herangezogen werden kann.⁵¹⁸

Die erstmalige Streitwertfestlegung hat zur Folge, dass der Instruktionsrichter im Zeitpunkt des Klageeingangs eine erste Streitwertbestimmung zur Festlegung des Kostenvorschusses vornehmen muss. Diese erste Annahme ist jedoch nur vorläufiger Natur. Der Umfang einer Klage kann sich in bestimmten Konstellationen im Verlaufe des Verfahrens ändern.⁵¹⁹ Geht es aber um die Bewertung eines Streitobjekts, ist der Zeitpunkt des Klageeingangs beim Gericht massgebend. So sind insb. Wertgegenstän-

⁵¹⁵ Vgl. BK ZPO-STERCHI, Vorbem. Art. 91–94 N 3. GLM. RICKLI, Rz 420, der ausserdem auf das praktische Problem hinweist, dass das erstinstanzliche Gericht die Rechtsbegehren des Schlichtungsgesuchs in der Regel nicht kennt.

⁵¹⁶ Art. 202 Abs. 2 ZPO schreibt lediglich die Bezeichnung der Gegenpartei, des Rechtsbegehrens und des Streitgegenstands vor.

⁵¹⁷ HESS, 40. A.A. SCHULLER, 118, jedoch noch bzgl. der kantonalen Zivilprozessordnungen.

⁵¹⁸ Vgl. ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 12.

⁵¹⁹ Dazu hinten Rz 191. Zu denken ist bspw. an den Fall einer Stufenklage (Berechnungsgrundlage ändert) oder einer Informationsklage (Bemessungsgrundlage ergibt sich u.U. erst später).

de (Autos, Aktien o.ä.) in diesem Zeitpunkt zu bewerten. Lautet das Rechtsbegehren auf Leistung einer bestimmten Geldsumme in einer ausländischen Währung, muss die Forderung zur Festlegung des Kostenvorschusses zum Wechselkurs im Zeitpunkt der Klageeinleitung in Franken umgerechnet werden.⁵²⁰

II. Kostenvorschuss und vorzeitige Prozesserledigung

189

Noch bevor der Instruktionsrichter mit der (ersten) Prüfung der Prozessvoraussetzungen beginnt, kann er einen Kostenvorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten einfordern (Art. 98 ZPO). Da der Streitwert der eingereichten Klage den Kostenvorschuss bestimmt, lässt sich daraus auf die vom Instruktionsrichter angenommene Streitwerthöhe schliessen. Diese erste, lediglich provisorische Festlegung des Streitwerts erfolgt in einer prozessleitenden Kostenvorschussverfügung und ist demnach bei veränderter Prozesslage jederzeit abänderbar, insb. wenn sich der zunächst angeordnete und geleistete Vorschuss als ungenügend erweist.⁵²¹ Die Höhe des Gerichtskostenvorschusses präjudiziert den Entscheid über die endgültigen Gerichtskosten nach Art. 104 f. ZPO deshalb nicht.⁵²² Es ist folglich auch nicht angezeigt, dass der Instruktionsrichter für die Festlegung des mutmasslichen Streitwerts einen ersten Schriftenwechsel durchführt,⁵²³ sondern er hat alleine aufgrund der in der Klage enthaltenen Angaben – primär aufgrund der Rechtsbegehren – den Streitwert festzulegen. Eine Überprüfung in diesem Verfahrenszeitpunkt darf nur sehr restriktiv

⁵²⁰ So bereits BGE 63 II 35; 48 II 412; BGer 4A_274/2011 E. 1; WURZBURGER, recours, Ziff. 185; Bühler/Edelmann/Killer-BÜHLER, §§ 16+17 N 13; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 18 N 12. Auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit abstellend RICKLI, Rz 229; ZK ZPO-HAUCK, Art. 243 N 18; BSK BGG-RUDIN, Art. 51 N 43; POUDRET/SANDOZ-MONOD, Art. 36 N 3.3 a.E.; SHK BGG-GÜNGERICH, Art. 51 N 20. Dieselbe Regelung gilt für das deutsche Recht, SCHNEIDER/HERGET, Rz 2194 f.

⁵²¹ ZK ZPO-SUTER-SOMM/VON HOLZEN, Art. 98 N 11, die für eine zurückhaltende Ausübung des Nachforderungsrechts plädieren, um dem Kläger keine unbillige Gelegenheit zu geben, sich aus einem unliebsam gewordenen Prozess ohne Rechtskraftwirkung zurückziehen zu können, nachdem er zur Nachforderung unter Nichttretensfolge aufgefordert worden ist.

⁵²² KUKO ZPO-SCHMID, Art. 98 N 9.

⁵²³ So auch OGer ZH vom 20. Januar 2012, LF110118-O/U, E. 4.1.

erfolgen.⁵²⁴ Bei objektiven Angaben in der Klage, die eindeutig auf einen effektiv höheren Streitwert oder eine falsche Streitwertberechnung durch den Kläger hinweisen, ist indes ein Abweichen von der klägerischen Angabe möglich.⁵²⁵ Hier drängt sich eine analoge⁵²⁶ Vorgehensweise wie gemäss Art. 91 Abs. 2 ZPO auf, indem bereits der Instruktionsrichter eine offensichtlich fehlerhafte Streitwertangabe der klagenden Partei korrigieren kann. Der vorläufig angenommene Streitwert bildet in der Folge die Grundlage für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit, der Verfahrensart und der Festlegung einer eventuellen Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung i.S.v. Art. 99 ZPO.

Leistet der Kläger den Kostenvorschuss nicht, tritt das Gericht auf die Klage nicht ein (Art. 101 Abs. 3 ZPO). Der Nichteintretensentscheid erfolgt noch vor der Prüfung der sachlichen Zuständigkeit und der Festlegung des anwendbaren Verfahrens. Auch der Instruktionsrichter eines mutmasslich sachlich unzuständigen Gerichts kann folglich einen Kostenvorschuss verlangen und dem Kläger bei Nichtleistung desselben Gerichtskosten auferlegen. Gleiches gilt bei einem Nichteintretensentscheid aufgrund fehlender Prozessvoraussetzungen oder der Prozesserledigung noch vor Zustellung der Klage an den Beklagten bzw. vor Erstattung einer Klageantwort. Die Gerichtskosten bestimmen sich diesfalls jeweils anhand des lediglich provisorisch angenommen Streitwerts, sofern dieser nicht offensichtlich falsch ist.⁵²⁷ Wurde die Klage bereits der Gegenpartei zugestellt und Klageantwort erstattet, sind auch die Angaben der beklagten Partei und allfällige zwischenzeitliche Änderungen im Klageumfang zu berücksichtigen. Das Gericht hat diesfalls den Streitwert in einer zweiten Phase, d.h. bei Urteilsfällung, erneut zu überprüfen und definitiv festzulegen.⁵²⁸

⁵²⁴ Zum Vorgehen der Streitwertbestimmung gemäss Art. 91 Abs. 1 und 2 ZPO sowie zur Überprüfungsbefugnis, vorne Rz 143 ff., insb. Rz 160 ff.

⁵²⁵ Vgl. dazu auch HOFFMANN-NOWOTNY, 171. Bzgl. der Überprüfungsbefugnis des Instruktionsrichters insb. auch hinten Rz 213.

⁵²⁶ Die Anwendung kann deshalb nur analog erfolgen, weil Art. 91 Abs. 2 ZPO den Fall beschreibt, bei welchem sich der Beklagte bereits zum Streitwert äussern konnte.

⁵²⁷ Vgl. OGer ZH vom 20. Januar 2012, LF110118-O/U, E. 4.2.

⁵²⁸ Dazu ausführlich hinten Rz 210 ff.

III. Änderung des Streitobjekts selbst

191 Ergibt sich im Laufe eines Verfahrens eine Änderung im *Klageumfang*, d.h. sämtliche durch nachträgliche Parteierklärungen erfolgten Anpassungen des Streitobjekts – insb. durch nachträgliche Erhöhung der Forderung mittels (zulässiger) *Klageänderung*⁵²⁹, Verminderung infolge (teilweiser) Anerkennung oder Rückzug der *Klage* –, ist eine differenzierte Betrachtung je nach Streitwertart vorzunehmen: Eine Erhöhung des *Klagebegehrens* infolge *Klageänderung* hat stets eine Anpassung des vorläufig angenommenen *Gebührenstreitwerts* zur Folge, da nunmehr eine höhere Forderung im Streit steht.⁵³⁰ Vermindert sich der Streitwert hingegen aufgrund einer (teilweisen) Anerkennung oder eines *Klagerückzugs*, erfolgt keine Reduktion des *Gebührenstreitwerts*. Mithin ist die *Klage* gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO im Umfang des anerkannten oder zurückgezogenen Betrags als (teilweises) Unterliegen des Beklagten bzw. des Klägers unter Kostenfolge zu qualifizieren.⁵³¹

192 Betreffend den *Zuständigkeitsstreitwert* ist zu beachten, dass das Gericht das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen prüft (Art. 60 ZPO). Dazu gehört insb. die sachliche und örtliche (sowie die funktionelle) *Zuständigkeit* des angerufenen Gerichts (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Da die sachliche und funktionelle *Zuständigkeit* in der Regel vom Streitwert abhängen,⁵³² hat der Instruktionsrichter einen provisorischen *Zuständigkeitsstreitwert* anzunehmen – i.d.R. in Höhe der eingeklagten Forderung –, um überhaupt eine Prüfung seiner *Zuständigkeit* vornehmen zu können. Die einstweilige Festlegung ist nur vorläufiger Natur, liegen dem Instruktionsrichter doch häufig nur wenige Informationen, regelmässig bloss die klägerische Streitwert-

⁵²⁹ Vgl. dazu Art. 227 Abs. 1 ZPO. Ebenso BK ZPO-STERCHI, Vorbem. Art. 91–94 N 4; KUKO ZPO-NAEGELI/MAYHALL, Art. 227 N 19; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Kap. 7 Rz 5; PANTLE/KREISSL, Rz 223 f.

⁵³⁰ Vgl. auch RICKLI, Rz 341.

⁵³¹ Das Gericht hat allerdings zwingend von der Möglichkeit der Reduktion gemäss kantonalem *Gebührentarif* Gebrauch zu machen, da das Verfahren nicht vollständig durchgeführt worden ist. Dem Zeitpunkt des Rückzugs bzw. der Anerkennung kommt dabei besondere Bedeutung zu, vgl. auch RICKLI, Rz 430.

⁵³² Vorne Rz 21 ff.

angabe, vor. Eine erste Überprüfung dieser Prozessvoraussetzung kann folglich auch nur vorläufig vorgenommen werden; eine nochmalige Prüfung ist in jedem Fall zwingend bei Urteilsfällung durch das erkennende Gericht notwendig.⁵³³ Ein Abweichen von der klägerischen Angabe bei dieser ersten, provisorischen Festlegung rechtfertigt sich denn auch nur bei offensichtlicher Fehlerhaftigkeit i.S.v. Art. 91 Abs. 2 ZPO.⁵³⁴ Trotz dieser beschränkten Überprüfungsbefugnis stellt die klägerische Streitwertangabe bei einem unbezifferten Rechtsbegehren jedoch keine doppelrelevante Tatsache dar, da sie nur für die Zulässigkeit der Klage relevant ist und nicht für deren Begründetheit.⁵³⁵ Als doppelrelevant sind vielmehr die schlüssigen, substantiierten und nicht offensichtlich unrichtigen Angaben in der Klage zu betrachten, nach welchen der Instruktionsrichter den vorläufigen Zuständigkeitsstreitwert in Fällen von Art. 91 Abs. 2 ZPO festzulegen hat.⁵³⁶

Ändert sich der Streitwert im Laufe des Verfahrens, kann dies u.U. Auswirkungen auf die sachliche Zuständigkeit haben. Ergibt sich eine Erhöhung des Streitwerts infolge Klageänderung bzw. Widerklage, zieht dies eine Überweisung an das sachlich zuständige Gericht nach sich.⁵³⁷ Gleiches muss gelten, falls die Änderung des Streitwerts eines nicht bezifferten Rechtsbegehrens auf Umstände zurückzuführen ist, welche sich erst im Laufe des Verfahrens ergeben und eine abweichende Streitwertbemessung

⁵³³ Vgl. BGE 130 III 430 E. 3.1; 127 III 41 E. 4c; ZK ZPO-ZÜRCHER, Art. 60 N 10; BSK ZPO-GEHRI, Art. 60 N 4 f.; KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 60 N 2; GULDENER, ZPR, S. 229. Eine erneute Überprüfung steht auch nicht in einem Konflikt zur Vorschrift, wonach der Streitwert zu Beginn des Verfahrens festzulegen ist (Grundsatz der Wertkonstanz). Denn es handelt sich nicht um eine Wertänderung des (definierten) Streitobjekts, sondern um eine nachträgliche Änderung des Streitobjekts selbst.

⁵³⁴ Vgl. dazu insb. hinten Rz 213.

⁵³⁵ Vgl. zum Begriff der doppelrelevanten Tatsachen HOFFMANN-NOWOTNY, 9 ff., insb. auch 171; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Kap. 18 Rz 144 f., sowie BGer 4A.407/2011 E. 2.

⁵³⁶ Ähnlich RICKLI, Rz 177.

⁵³⁷ Vgl. Art. 224 Abs. 2 bzw. Art. 227 Abs. 2 ZPO. Vgl. ebenfalls BK ZPO-STERCHI, Vorbem. Art. 91–94 N 4.

bewirken.⁵³⁸ Auch in solchen Fällen kann die sachliche Zuständigkeit nicht beibehalten werden, da der Streitwert nur durch das erkennende Gericht und nicht durch den Instruktionsrichter definitiv festgelegt werden kann.⁵³⁹

194

Anders als die Unterscheidung zwischen dem summarischen und dem ordentlichen Verfahren hängt diejenige zwischen dem vereinfachten und dem ordentlichen Verfahren hauptsächlich vom Streitwert ab.⁵⁴⁰ Da die Verfahrensart bereits mit Klageeinreichung festzulegen ist, hat der Instruktionsrichter anhand der eingereichten Klage eine erste Beurteilung vorzunehmen, ob das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt oder ob der Streitwert – abgesehen von den Fällen gemäss Art. 243 Abs. 2 ZPO – von Fr. 30'000.-- überschritten ist und demgemäss die Verfahrensvorschriften des ordentlichen Verfahrens zur Anwendung gelangen. Bei dieser Frage ist, wie bzgl. der sachlichen Zuständigkeit ausgeführt, in erster Linie auf die Angaben des Klägers abzustellen. Für den Fall, dass sich die erste Festlegung der Verfahrensart als falsch erweisen sollte und der Streitwert die dafür massgebende Streitwertgrenze im Laufe des Verfahrens über- bzw. unterschreitet, ist zu unterscheiden: Erfolgt die Unterschreitung der Schwelle von Fr. 30'000.-- infolge Klagerückzugs, ändert sich in Bezug auf die Verfahrensart nichts (vgl. auch Art. 219 i.V.m. Art. 227 Abs. 1 und 3 ZPO). Die Erweiterung einer Forderungsklage mittels Klageänderung auf einen Betrag von über Fr. 30'000.-- ist hingegen nicht zulässig (Art. 227 Abs. 1 ZPO), wenn damit ein Wechsel in das ordentliche Verfahren verbunden wäre.⁵⁴¹ Für den (seltenen) Fall, wo die Über- bzw. Unterschreitung der Streitwertschwelle auf eine fehlerhafte Berechnung oder Bemessung des provisorischen Streitwerts eines unbezifferten Rechtsbegehrens zurückzuführen ist, und sich dies erst im Laufe des Verfahrens herausstellt – z.B. der Streitwert eines Informationsbegehrens erweist sich nach erstatteter Klageantwort als

⁵³⁸ Z.B. Behauptungen in der Klageantwort, welche dazu führen, dass der Streitwert höher bzw. tiefer zu bemessen ist, als vorerst aufgrund der Angaben in der Klage angenommen, oder eine Informationsklage sowie die vorsorgliche Beweisführung, bei welchen der Kläger gerade klagt, um seinen Anspruch später beziffern zu können.

⁵³⁹ Vgl. RICKLI, Rz 187. Vgl. ebenfalls hinten Rz 235.

⁵⁴⁰ Dazu die Ausführungen vorne Rz 44.

⁵⁴¹ Gl.M. ZK ZPO-HAUCK, Vorbem. zu Art. 243 N 17.

Fr. 30'000.-- übersteigend –, hat m.E. ebenfalls kein nachträglicher Wechsel der Verfahrensart zu erfolgen. Denn anders als die sachliche Zuständigkeit stellt die Verfahrensart keine Prozessvoraussetzung dar; ein Wechsel der Verfahrensart ist daher nicht notwendig und erscheint in den meisten Fällen auch nicht praktikabel.⁵⁴²

IV. Wertänderung des Streitobjekts

Abweichend zu einer Änderung im Umfang zeitigt eine nachträgliche Erhöhung oder Verminderung des Werts des Streitobjekts auf die Streitwertfestlegung generell keine Auswirkungen mehr.⁵⁴³ Kursschwankungen (bspw. von im Streit stehenden Aktien) lassen den Streitwert ebenso unbeeinflusst wie die nachträgliche Wertveränderung eines eingeklagten Gegenstands (bspw. Wertverlust eines eingeklagten Bilds von Picasso). Der Wert des Streitobjekts bleibt stets beim bei Klageeinleitung fixierten Betrag.⁵⁴⁴ Dies entspricht dem Grundsatz der Wertkonstanz,⁵⁴⁵ was nun auch durch das Bundesgericht bestätigt worden ist.⁵⁴⁶

Entgegen teilweise abweichender Ansicht in der Literatur gilt diese vom Bundesgericht bereits für Art. 36 aOG 1943 festgelegte Rechtsprechung für sämtliche Streitwertarten unter der eidgenössischen ZPO, auch für den Rechtsmittelstreitwert. REETZ/THEILER betrachten es zwar als stossend, dass trotz einer extremen Wertveränderung, welche die Unterschreitung der für die Berufung vorgesehenen Schwelle zur

⁵⁴² Ebenso BGE 100 II 358 zu Art. 343 OR (nicht mehr in Kraft). Gleiches muss wohl auch aus der Bestimmung zur Klageänderung in Art. 227 Abs. 1 ZPO und zur Widerklage in Art. 224 ZPO gefolgert werden, welche nur beim Einhalten der gleichen Verfahrensart zulässig sind, im Gegensatz zu einer Änderung der sachlichen Zuständigkeit, welche zulässig ist und bei einer Erhöhung des Streitwerts eine Überweisung an das nunmehr zuständige Gericht nach sich zieht.

⁵⁴³ BGE 116 II 431 E. 1; 87 II 292; BGer 4A_148/2009 E. 1.1.1; HESS, 51; GOEPFERT, Streitwertberechnung, 66 m.w.H.; ebenso bereits EICHENBERGER, § 17 N 4 lit. c; SCHNEIDER/HERGET, Rz 162; RICKLI, Rz 411.

⁵⁴⁴ Zum massgebenden Zeitpunkt vgl. vorne Rz 185 ff.

⁵⁴⁵ Diese Terminologie wird hauptsächlich in der deutschen Literatur verwendet, vgl. HARTMANN, § 63 N 10; Stein/Jonas-ROTH, § 4 N 4.

⁵⁴⁶ BGE 140 III 65 E. 3.2, in welchem sich das Bundesgericht ausführlich mit dem Meinungsstand in der Lehre auseinandersetzt.

Folge habe und obwohl der Richter nur den geringeren Betrag zusprechen könne, von der unterlegenen Partei Berufung erhoben werden könne. Sie lehnen die bundesgerichtliche Lösung deshalb ab.⁵⁴⁷ Dieser Ansicht ist jedoch nicht zu folgen.⁵⁴⁸ Denn es wäre nicht sachgerecht, der unterlegenen Partei das Recht auf Berufung abzusprechen, nur weil sich der Wert des Streitobjekts im Laufe des Verfahrens geändert hat; dieser Wert ist von den Parteien nicht beeinflussbar, was eine geordnete Prozessplanung erschweren würde und dem Grundsatz der Vorhersehbarkeit widerspräche. So kam auch das Bundesgericht mit Verweis auf die Botschaft zur ZPO zum Schluss, dass sich die Bestimmung des Streitwerts im Berufungsverfahren an der Bundesrechtspflege orientiere, weshalb diese Regelungen auf die ZPO zu übertragen seien.⁵⁴⁹ Der Wortlaut von Art. 308 Abs. 2 ZPO, welcher von den «zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren» spricht, betrifft deshalb nur den Fall einer Änderung im Klageumfang,⁵⁵⁰ rechtfertigt hingegen keine Abweichung von der vom Bundesgericht festgelegten und nunmehr bestätigten Praxis.

V. Zwischen-, Vor- und Teilentscheid

197

In gewissen Fällen wird das Gericht nicht über die ganze ihm unterbreitete Streitigkeit entscheiden, sondern vorgängig eine einzelne Frage beurteilen (vgl. Art. 237 ZPO). Zwischenentscheide über prozessrechtliche Vorfragen, z.B. über die Zuständigkeit, weisen keinen eigenen Streitwert auf, sondern ihnen kommt der Streitwert des mate-

⁵⁴⁷ ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 308 N 42 mit Verweis auf FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 18 N 4, welche sich jedoch auf den speziellen Wortlaut in § 18 Abs. 2 aZPO ZH beziehen. Ebenfalls für eine Berücksichtigung bei einer erheblichen Wertänderung des wirtschaftlichen Guts, zumindest für die Weiterziehbarkeit einer Entscheidung, votiert SCHULLER, 117.

⁵⁴⁸ Ebenso ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 12; KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 92 N 10; BSK ZPO-RÜEGG, Art. 91 N 2; BSK BGG-RUDIN, Art. 51 N 49.

⁵⁴⁹ BGE 140 III 65 E. 3.2.3. Ausserdem führte das Bundesgericht aus, dass die blossе Änderung in der Schätzung des Streitobjekts – in der genannten Entscheidung der Konkursdividende – keinen Einfluss auf das Rechtsbegehren habe, weshalb es bei der Schätzung im Zeitpunkt der Klageeinleitung bleibe.

⁵⁵⁰ Vgl. vorne Rz 191 sowie zum Rechtsmittelstreitwert insb. hinten Rz 199 ff.

riellen Hauptanspruchs zu.⁵⁵¹ Sie sind selbständig nach den allgemeinen Voraussetzungen mit Berufung bzw. Beschwerde anfechtbar.⁵⁵² Die Kostenfolgen sind ebenfalls anhand des im Hauptverfahren festgestellten Streitwerts festzulegen bzw. im Fall, dass der Vorentscheid das Verfahren beendet, in diesem zu regeln.⁵⁵³ Gleiches gilt bei Ausfällung eines Vorentscheids im Sinne der bundesgerichtlichen Terminologie; auch hier ist der gesamte Streitwert des Hauptverfahrens massgebend.⁵⁵⁴ Zu berücksichtigen ist bei der Kostenausgestaltung in jedem Fall der verminderte Aufwand. Ein Teilentscheid kann hingegen einen eigenen Streitwert aufweisen. Es gilt dabei zu differenzieren: Der Rechtsmittelstreitwert bestimmt sich nach den gesamten Begehren, die vor der Instanz streitig waren, welche den Teilentscheid getroffen hat.⁵⁵⁵ Der Gebührenstreitwert bemisst sich m.E. jedoch lediglich nach dem Umfang des beurteilten (Teil-)Anspruchs, da dieser lediglich einen bestimmten Teil des Streitobjekts betrifft und deshalb einen eigenen (Teil-)Streitwert aufweist.

Zu Recht weist SCHAI indessen auf die Problematik hin, dass es bei der Festlegung der Gerichtskosten der degressiven Ausgestaltung der Gerichts- und Parteikosten bei sich erhöhenden Streitwerten Rechnung zu tragen gilt.⁵⁵⁶ Wird z.B. mittels materiellrechtlichen Vorentscheids vorerst über die Frage der Rechtswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens entschieden und wird dieses Rechtsbegehren mit Fr. 50'000.-- gewichtet, sind die Gerichtskosten ins prozentuale Verhältnis zum Gesamtstreitwert zu setzen. Denn würden die Gerichtskosten anhand des Streitwerts von Fr. 50'000.-- festgelegt

⁵⁵¹ Ausdrücklich Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG. Siehe auch BGE 133 III 645 E. 2.3; ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 308 N 41; RICKLI, Rz 387.

⁵⁵² Statt vieler ZK ZPO-STAEHELIN, Art. 237 N 16 m.w.H.

⁵⁵³ Zum Ganzen vgl. SCHAI, Streitwert, 124, insb. Fn. 56. Die Kosten sind dabei zwingend vom Gericht zu reduzieren, da nicht das ganze Verfahren durchgeführt werden musste.

⁵⁵⁴ Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG. Z.B. bei Vorliegen eines Vor- oder Zwischenentscheids über eine Verjährungseinrede oder die Einrede fehlender Aktiv- oder Passivlegitimation.

⁵⁵⁵ Vgl. ausdrücklich Art. 51 Abs. 1 lit. b BGG. Als Teilentscheid wird dabei ein Entscheid bezeichnet, welcher «nur einen Teil der gestellten Begehren behandelt, wenn diese Begehren unabhängig von den anderen beurteilt werden können», vgl. BGE 132 III 785 E. 2; BSK BGG-UHLMANN, Art. 91 N 3; SPÜHLER/AEMISEGGER/DOLGE/VOCK, Art. 51 N 6.

⁵⁵⁶ SCHAI, Streitwert, 124 f. Vgl. auch RICKLI, Rz 391, insb. Fn. 999.

und in einem weiteren Schritt über das Schadenersatzbegehren entschieden, welches nochmals einen Streitwert von Fr. 50'000.-- aufweist, würde dies zu einem insgesamt höheren Betrag als bei einer einmaligen Beurteilung durch das Gericht führen. Korrekterweise wären somit im Vorentscheid die Gerichtskosten anhand des Gesamtstreitwerts zu bestimmen und diese im Verhältnis (i.c. 50 %) zu reduzieren.⁵⁵⁷ Dieses relativ komplizierte Verfahren der Kostenberechnung rechtfertigt sich v.a. bei höheren Streitwerten, da in diesen Fällen die Differenz von nicht unbedeutender Relevanz ist. Bei kleineren Streitwerten wird die Differenzierung regelmässig von untergeordneter Bedeutung sein und kann mit entsprechender Begründung im Rahmen der konkreten Kostenausgestaltung innerhalb der vorgegebenen Bandbreite berücksichtigt werden.

B. Vor Rechtsmittelinstanz

I. Rechtsmittelstreitwert

199

Grundsätzlich gelten die Bestimmungen über den Streitwert auch für die Rechtsmittelverfahren des 9. Titels der ZPO (Art. 308–334).⁵⁵⁸ Es gilt somit auch im Rechtsmittelverfahren zwischen den verschiedenen Streitwertarten zu differenzieren. Im Zentrum steht aber bei Erhebung eines Rechtsmittels zunächst der Rechtsmittelstreitwert. Dessen Berechnung stellt im Vergleich zu den anderen Streitwertarten eine Ausnahme dar. Denn zur Bestimmung des erforderlichen Streitwerts wird entgegen der Vorschrift von Art. 91 Abs. 1 ZPO auf die zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren abgestellt.⁵⁵⁹ Art. 308 Abs. 2 ZPO stellt folglich einen Spezialfall der Streitwertberechnungsvorschriften dar, ist mithin *lex specialis* zu den Art. 91 ff. ZPO. Wurde ein Rechtsbegehren vom Beklagten (teilweise) anerkannt oder vom Kläger zurückgezogen, ist dessen Streitwert deshalb für die Berechnung des Rechtsmittelstreitwerts – im

⁵⁵⁷ Vgl. ebenfalls das Beispiel bei SCHAI, Streitwert, 125.

⁵⁵⁸ BSK ZPO-RÜEGG, Art. 91 N 8; RICKLI, Rz 440.

⁵⁵⁹ BGE 137 III 47 E. 1.2.2; KUKO ZPO-BRUNNER, Art. 308 N 5; SHK BGG-GÜNGERICH, Art. 51 N 16; ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 308 N 39 m.w.H.

Gegensatz zum Zuständigkeits-, Verfahrens- und Gebührenstreitwert, die im Laufe eines Verfahrens grundsätzlich nicht verringert werden können – zu berücksichtigen.⁵⁶⁰

Umstritten ist in der Lehre, welcher genaue Zeitpunkt für die Festlegung des Rechtsmittelstreitwerts entscheidend ist. Während ein Teil der Lehre lediglich die «zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren» im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils für massgebend erachtet,⁵⁶¹ verweisen andere auf eine Fixierung des Streitwerts vor der Urteilsfällung.⁵⁶² Mit RICKLI ist jedoch eine Präzisierung angezeigt: Da gerichtliche Entscheidungen grundsätzlich erst mit ihrer Eröffnung Wirkung entfalten, können die Parteien bis dahin noch immer auf den Prozess durch Klageanerkennung, Klagerückzug oder Vergleich Einfluss nehmen.⁵⁶³ Dies hat zur Folge, dass eine Veränderung im Streitgegenstand bis zur Eröffnung berücksichtigt werden muss und das Gericht auf seinen Entscheid zurückkommen kann. Massgebend muss folglich der Zeitpunkt der Eröffnung an die Parteien sein, resp., um einen einheitlichen Zeitpunkt für beide

⁵⁶⁰ Zur Kritik an dieser Regelung vorne Rz 102 ff. Keine nachträgliche Anpassung erfährt der Streitwert hingegen bei einer nachträglichen Erhöhung oder Verminderung des Werts des Streitobjekts (z.B. Aktien): Offen gelassen in BGE 93 I 390 E. 1 i.f.; eine Anpassung bejaht allerdings in BGE 89 II 192 E. 1c; verneint dagegen in BGE 87 II 190. Ein Beispiel soll die mögliche Problematik aufzeigen: Der Kläger stellt zwei Begehren aus unterschiedlichen Forderungen auf je Fr. 6'000.--. Heisst der erstinstanzliche Richter Begehren 1 gut, weist das zweite hingegen ab, steht beiden Parteien die Berufung offen. Das gilt auch, falls der Kläger ein Rechtsmittel über den Teilbetrag von nur Fr. 2'000.-- einlegt. Anerkennt der Beklagte eine (Teil-)Forderung über Fr. 3'000.-- kurz vor der Urteilseröffnung (oder zieht der Kläger die Forderung in demselben Umfang zurück), ist das Streitwerterfordernis von Fr. 10'000.-- nicht mehr erreicht und eine Berufung steht beiden Parteien nicht mehr offen. Der Verfahrens- und Gebührenstreitwert beträgt aber in jedem Fall Fr. 12'000.--.

⁵⁶¹ BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 308 N 8; GASSER/RICKLI, Art. 308 N 3; KUKO ZPO-BRUNNER, Art. 308 N 5. Ebenso Botschaft ZPO, 7371.

⁵⁶² Brunner/Gasser/Schwander-BLICKENSTORFER, Art. 308 N 24; BSK CPC-JEANDIN, Art. 308 N 13. Einige Autoren präzisieren den Zeitpunkt dahingehend, wonach der massgebende Zeitpunkt für die Beurteilung der Überschreitung von Fr. 10'000.-- eine «logische Sekunde» vor der Fällung des erstinstanzlichen Entscheids sei, vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 308 N 39. Ähnlich auch STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 26 Rz 13.

⁵⁶³ RICKLI, Rz 433. Vgl. auch ZK ZPO-LEUMANN LIEBSTER, Art. 241 N 14.

Parteien anzunehmen, der Zeitpunkt des Versands des schriftlichen Urteils.⁵⁶⁴ Gleiches gilt mit derselben Begründung bezüglich der Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG.

201 Für den Rechtsmittelstreitwert sind die Streitwerte sämtlicher im Streit stehender Rechtsbegehren zu addieren, auch wenn in der Folge nur einzelne Begehren weitergezogen werden.⁵⁶⁵ Irrelevant ist das konkrete Interesse der beschwerdeführenden Partei, mithin der Betrag, welchen der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde (bzw. Berufung) neu beurteilt haben möchte.⁵⁶⁶ Anders als bei der Berechnung nach dem Gravamen ist der dem Kläger tatsächlich zugesprochene Betrag im erstinstanzlichen Entscheid nicht relevant, sondern nur derjenige Betrag, welcher der Vorinstanz zur Beurteilung unterbreitet worden ist. Kläger und Beklagter sind daher auch immer gleichermassen berechtigt, ein Rechtsmittel einzulegen. Das Streitobjekt vor Vorinstanz und Rechtsmittelinstanz ist zudem meistens identisch, ausser es wird in der Berufung durch bloss teilweisen Weiterzug eingeschränkt.⁵⁶⁷

202 Da die Zulässigkeit eines Rechtsmittels von Amtes wegen und mit voller Kognition untersucht werden muss, hat die jeweilige Rechtsmittelinstanz sämtliche Rechtsmittelvoraussetzungen, mithin insb. das Erreichen der Rechtsmittelschwelle, selbständig zu prüfen.⁵⁶⁸ Sie ist deshalb auch bei der Streitwertberechnung bzw. -bemessung nicht an den Entscheid der ersten Instanz gebunden, sondern hat selbst – nach anwendbarem Prozessrecht⁵⁶⁹ – zu entscheiden, ob das Streitwerterfordernis tatsächlich erfüllt ist. Die vorinstanzliche Streitwertangabe ist für die Rechtsmittelinstanz folglich nicht

⁵⁶⁴ Ausführlich und überzeugend RICKLI, Rz 433 i.f. mit Hinweis auf OGer ZH vom 21. April 1997, publ. in ZR 97 (1998) Nr. 7 und BGE 137 III 130 E. 2 in Bezug auf Art. 405 Abs. 1 ZPO.

⁵⁶⁵ Vgl. etwa BGer 4A_413/2011 E. 1.2.

⁵⁶⁶ Vgl. BGE 137 III 47 E. 1.2; BGer 4A_233/2013 E. 1.3.

⁵⁶⁷ Vgl. HESS, 24, der dieser Regelung gegenüber der Berechnung nach dem Gravamen den Vorzug gibt, da beiden Parteien die Berufungsmöglichkeit eröffnet sei. Dazu ausführlich, mit kritischen Bemerkungen, vorne Rz 100 ff.

⁵⁶⁸ BGE 135 III 212 E. 1; 134 III 520 E. 1; 133 III 462 E. 2 m.w.H.; ZR 106 (2007) Nr. 77.

⁵⁶⁹ So sind vor Bundesgericht die Bestimmungen des BGG und vor kantonalen Gerichten diejenigen der ZPO anwendbar.

bindend, sondern sie kann den Streitwert auch abweichend beurteilen.⁵⁷⁰ Hingegen darf auch die Rechtsmittelinstanz den Streitwert nur auf offensichtliche Unrichtigkeit überprüfen, sofern sich die Parteien i.S.v. Art. 91 Abs. 2 ZPO über den Streitwert geeinigt haben.⁵⁷¹

Obwohl die Rechtsmittelinstanz nicht an die Ausführungen zum Streitwert gebunden ist, erfolgt eine erste Festlegung des Rechtsmittelstreitwerts durch die Vorinstanz. Dies zeigt sich einerseits indirekt an der vorgeschriebenen Rechtsmittelbelehrung (Art. 238 lit. f ZPO), andererseits haben Entscheidungen, die der Beschwerde ans Bundesgericht unterliegen, aufgrund gesetzlicher Vorschrift eine Angabe zum Streitwert zu enthalten (Art. 112 Abs. 1 lit. d BGG). Durch den impliziten Verweis auf Art. 51 BGG muss damit der Rechtsmittelstreitwert gemeint sein, welcher entscheidend für die Zulässigkeit des Rechtsmittels ist.⁵⁷² Diese Angabe ist bei einem erstinstanzlichen Entscheid zwar nicht vorgeschrieben, aber auch nicht untersagt.⁵⁷³ Ausführungen zum Streitwert sind besonders dann zu fordern, wenn sich dieser nicht ohne weiteres aus den Prozessakten ergibt.⁵⁷⁴

Stellt die Vorinstanz in ihrem Entscheid Erwägungen zum Streitwert an, müsste sie richtigerweise zwischen den verschiedenen Streitwertarten unterscheiden. Denn für die Berechnung der Prozesskosten wäre eine Änderung im Umfang der Klage, d.h. bspw. ein Klagerückzug, nicht zu berücksichtigen,⁵⁷⁵ wohingegen der Rechtsmittelstreitwert eine Anpassung erfahren würde. Ausserdem ist für die Berechnung des Rechtsmittelstreitwerts vor jeder kantonalen Vorinstanz des Bundesgerichts bereits

⁵⁷⁰ ZR 107 (2008) Nr. 28 E. 4.4e; RICKLI, Rz 441; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 18 N 3 und § 22 N 9; SCHNEIDER, Korrektur, 99. Dies betrifft jedoch nur den Streitwert, nicht aber auch die gestützt darauf festgelegten Prozesskosten der Vorinstanz, vgl. hinten Rz 205.

⁵⁷¹ Vgl. auch die Ausführungen zum Rechtsschutz bei einer fehlerhaften Streitwertfestlegung hinten Rz 351 ff.

⁵⁷² Ebenso wohl BSK BGG-EHRENZELLER, Art. 112 N 10.

⁵⁷³ ZK ZPO-STAEHELIN, Art. 238 N 24.

⁵⁷⁴ RICKLI, Rz 217.

⁵⁷⁵ Vgl. vorne Rz 195 f.

das BGG anwendbar.⁵⁷⁶ Eine solche Unterscheidung wird indessen nur in den seltensten Fällen vorgenommen, da meistens – wenn überhaupt – nur Ausführungen zum Gebührenstreitwert erfolgen. Sobald sich jedoch Unterschiede zwischen Gebühren- und Rechtsmittelstreitwert ergeben, wären diese in den Erwägungen zu benennen. Nimmt die Vorinstanz keine solche unterschiedliche Berechnung vor, wird die Festlegung des Rechtsmittelstreitwerts ins Rechtsmittelverfahren verlagert. Das Streitobjekt vor Bundesgericht ist wie vor oberer Instanz grundsätzlich dasselbe, wobei sich dieses infolge eines nur teilweisen Weiterzugs ändern kann.⁵⁷⁷ Für die Zulässigkeit einer Beschwerde in Zivilsachen ist nur noch auf die Rechtsbegehren, die vor Vorinstanz (d.h. grundsätzlich der Rechtsmittelinstanz) umstritten geblieben sind, abzustellen (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG); der Streitwert bei Klageeinleitung ist nicht mehr entscheidend.⁵⁷⁸ Ebenfalls nicht relevant ist wiederum der im Rechtsmittelverfahren tatsächlich zugesprochene Betrag.

II. Gebühren- und Verfahrensstreitwert im Rechtsmittelverfahren

205

Der Verfahrensstreitwert ist im Rechtsmittelverfahren nicht mehr von Belang. Hingegen gilt es auch im Rechtsmittelverfahren einen (eigenen) Gebührenstreitwert zu bestimmen. Wie sich die Prozesskosten im Rechtsmittelverfahren bestimmen, ist wie vor erster Instanz grundsätzlich den Kantonen überlassen (Art. 96 ZPO). Regelmässig stellen die Kantone für die Kostenfestlegung wie im erstinstanzlichen Verfahren auf den Streitwert ab, wobei bei der Höhe häufig ein Abzug vorgenommen wird.⁵⁷⁹ Stellt die Rechtsmittelinstanz einen Fehler in der vorinstanzlichen (Gebühren-) Streitwertberechnung fest, hat sie diesen bei ihrer Streitwertberechnung von Amtes

⁵⁷⁶ Vgl. zu dieser Problematik auch vorne Rz 93 ff.

⁵⁷⁷ Bei der Beurteilung des Beschwerdegegenstands ist wie vor Vorinstanz massgebend, was der Beschwerdeführer verlangt; mithin ist vor der Rechtsmittelinstanz nur Streitobjekt, was vom vorinstanzlichen Entscheid tatsächlich angefochten wird.

⁵⁷⁸ Vgl. BGer 4A_360/2012 E. 1.1.

⁵⁷⁹ Vgl. etwa § 11 Abs. 1 VKD AG, § 8 AnwT AG; Art. 7 lit. b Parteikostenverordnung BE; § 12 Abs. 1 Honorarordnung BS; § 8 lit. b Kostenverordnung LU; § 12 Abs. 1 GebV ZH, § 13 Abs. 2 Anw-GebV ZH.

wegen zu korrigieren.⁵⁸⁰ Dies bedeutet allerdings nicht, dass auf einer fehlerhaften Berechnung basierende Prozesskosten zwingend von Amtes wegen korrigiert werden müssten. Eine Korrektur erfolgt nur auf entsprechenden Antrag des Berufungsklägers bzw. Beschwerdeführers hin.⁵⁸¹

Die Vorschriften zur Berechnung des Gebührenstreitwerts sind auch im Rechtsmittelverfahren bundesrechtlich (Art. 91 ff. ZPO) abschliessend geregelt.⁵⁸² Folglich wird der Streitwert wiederum durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO), weshalb im Rechtsmittelverfahren für den Gebührenstreitwert auf die Berufungs- bzw. Beschwerdeanträge abzustellen ist, auch wenn der Rechtsmittelstreitwert infolge nur teilweiser Anfechtung höher sein kann. Denn im Gegensatz zu Art. 308 Abs. 2 ZPO bzgl. des Rechtsmittelstreitwerts fehlt für den Gebührenstreitwert eine entsprechende Spezialvorschrift.⁵⁸³ Die Gebühren der Rechtsmittelinstanz richten sich somit nach dem neu zu berechnenden Streitwert, wobei dieser nicht mit dem Rechtsmittelstreitwert übereinstimmen muss, sondern derjenige Betrag als massgebender Streitwert zu gelten hat, welcher der Rechtsmittelinstanz zur Beurteilung unterbreitet wird, mithin der Streitwert der Berufungs- oder Beschwerdebegehren der Rechtsmittelschriften.⁵⁸⁴ Beträgt ein zuletzt aufrechterhaltenes Rechtsbegehren somit Fr. 12'000.--, zieht die

⁵⁸⁰ Vgl. SCHNEIDER, Korrektur, 100.

⁵⁸¹ Ein neuer Entscheid über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens ergeht nur dann, wenn die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid fällt (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Dies gilt ausserdem lediglich insoweit, als der erstinstanzliche Kostenpunkt ebenfalls angefochten worden ist, vgl. ZK ZPO-REETZ/HILBER, Art. 315 N 17.

⁵⁸² Vgl. vorne Rz 32.

⁵⁸³ Eine solche fehlt ebenfalls für den Verfahrensstreitwert. Das Verfahren bleibt auch im Berufungsverfahren theoretisch ein ordentliches, vereinfachtes oder summarisches; allenfalls wird es nach den Regeln der Natur des Berufungsverfahrens modifiziert, ZK ZPO-REETZ/HILBER, Art. 316 N 6.

⁵⁸⁴ Ebenso RICKLI, Rz 429; ZK ZPO-REETZ, Vorbem. Art. 308–318 N 42 mit Verweis auf § 13 Abs. 2 der Gebührenverordnung ZH, welcher auf den Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse vor der Rechtsmittelinstanz abstellt. Diese Vorschrift ergibt sich m.E. bereits aus dem Bundesrecht (Art. 91 Abs. 1 ZPO), weshalb sie bloss für Klarstellung sorgt. Vgl. für das deutsche Recht ausdrücklich § 47 Abs. 1 GKG sowie HARTMANN, § 47 N 3; Stein/Jonas-ROTH, § 2 N 40; SCHNEIDER/HERGET, Rz 4496.

Partei aber nur gerade deren Fr. 3'000.-- mit Berufung an die nächste Instanz weiter, beträgt der Rechtsmittelstreitwert des erstinstanzlichen Verfahrens zwar Fr. 12'000.-- und die Berufung ist zulässig. Die Gebühren der Rechtsmittelinstanz haben sich hingegen an Fr. 3'000.-- zu orientieren. Der Gebührenstreitwert im zweitinstanzlichen Verfahren stellt seinerseits – vorbehaltlich zulässiger Erhöhung des Rechtsbegehrens – den Rechtsmittelstreitwert für die Beschwerdemöglichkeit ans Bundesgericht dar.

- 207 Analoges gilt gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a bzw. Art. 65 Abs. 2 BGG für das Verfahren vor Bundesgericht. Anders als die ZPO beschreibt das BGG jedoch den Rechtsmittelstreitwert als «Normalfall», indem es für die Bestimmung des Streitwerts auf die vor Vorinstanz umstritten gebliebenen Rechtsbegehren abstellt (Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG, welcher der *lex specialis* von Art. 308 Abs. 2 ZPO entspricht). Dieser Umstand ist auf die Stellung des Bundesgerichts als ausschliessliche Rechtsmittelinstanz zurückzuführen. An der Sachlage ändert sich trotzdem nichts; auch vor Bundesgericht ist für die Festlegung des Gebührenstreitwerts einzig massgebend, was gemäss den Rechtsbegehren des Beschwerdeführers noch zu behandeln ist, d.h., was dem Bundesgericht zur Beurteilung unterbreitet wird.⁵⁸⁵ Auch die Rechtsmittelinstanz hat somit grundsätzlich eine Streitwertbestimmung in zwei Phasen⁵⁸⁶ vorzunehmen: In einer ersten Phase die Prüfung der Zulässigkeit der Berufung bzw. Beschwerde und in einer zweiten Phase die Beurteilung des Gebührenstreitwerts.⁵⁸⁷ Im Gegensatz zum erstinstanzlichen Gericht fällt die erste Phase aber regelmässig mit der zweiten zusammen und die beiden Streitwerte werden zudem meistens gleich hoch sein.

III. Anschlussberufung

- 208 Erhebt eine Partei Berufung ans obere kantonale Gericht, kann die Gegenpartei in ihrer Berufungsantwort Anschlussberufung erheben (Art. 313 Abs. 1 ZPO). Eine An-

⁵⁸⁵ Vgl. Geiser/Münch/Uhlmann/Gelzer-GEISER/UHLMANN, Rz 1.25; BSK BGG-GEISER, Art. 65 N 11. So bereits auch im aOG, vgl. MESSMER/IMBODEN, 33 f.

⁵⁸⁶ Vgl. hierzu Rz 210 ff.

⁵⁸⁷ Ähnlich für das deutsche Recht, Stein/Jonas-ROTH, § 2 N 40.

schlussbeschwerde ist ausgeschlossen (Art. 323 ZPO); ebenfalls ist eine Anschlussbeschwerde ans Bundesgericht unzulässig.⁵⁸⁸ Eine Anschlussberufung führt zu einer Durchbrechung des Verbots der *reformatio in peius* und die Berufungsinstanz beurteilt das Streitobjekt im Rahmen der gestellten Rechtsmittelanträge nicht nur zu Gunsten des Berufungsklägers.⁵⁸⁹ Sie ist von der Hauptberufung abhängig, indem sie bei einem Rückzug dahinfällt, und deshalb als unselbständiges Rechtsmittel an keine Streitwertgrenze gebunden.⁵⁹⁰

Nicht weiter thematisiert wird in der Literatur soweit ersichtlich, wie eine Anschlussberufung den Gebührenstreitwert beeinflusst. Dies liegt wohl insb. daran, dass in Literatur und Gesetz kaum zwischen den verschiedenen Streitwertarten unterschieden wird. M.E. sind bei Erheben einer Anschlussberufung die Bestimmungen zur Widerklage analog heranzuziehen, da mit der Anschlussberufung Ähnliches bewirkt werden soll wie mit einer Widerklage.⁵⁹¹ Dies, obwohl letztere im Gegensatz zur Anschlussberufung selbständig erhoben werden kann (vgl. Art. 224 Abs. 1 bzw. Art. 313 Abs. 2 ZPO). In Bezug auf die Gebühren der Berufungsinstanz werden die Streitwerte analog zu Art. 94 Abs. 2 ZPO zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen.⁵⁹² Die Anschlussberufung muss nicht auf den Gegenstand der Hauptberufung beschränkt sein.⁵⁹³ In Bezug auf den von der Hauptberufung nicht vorgebrachten Teil werden die beiden Streitwerte sich demnach auch nicht ausschliessen und sind für die Bestimmung der (Berufungs-)Prozesskosten zusammenzuzählen. Dies erscheint überdies sachgerecht, nachdem die dem oberen Gericht nunmehr unterbreiteten Rechtsbegehren einen höheren wirtschaftlichen Wert aufweisen, was für die Prozesskosten massgebend ist. Gleiches muss für die Beurteilung des Verhältnisses

⁵⁸⁸ BSK BGG-MEYER/DORMANN, Art. 102 N 4.

⁵⁸⁹ Statt vieler ZK ZPO-REETZ/HILBER, Art. 313 N 10 m.w.H.

⁵⁹⁰ BK ZPO-STERCHI, Art. 313 N 2; ZK ZPO-REETZ/HILBER, Art. 313 N 32.

⁵⁹¹ Im Ergebnis gleich BGE 139 III 24 E. 4.4.

⁵⁹² Vgl. dazu die Ausführungen zur Widerklage, hinten Rz 329 ff.

⁵⁹³ Die Anschlussberufung wird sich meistens auch auf weitere Punkte beziehen, bzgl. welcher die Hauptberufung keine Änderung herbeiführen will, vgl. BK ZPO-STERCHI, Art. 313 N 13.

zwischen Obsiegen und Unterliegen gelten. Wie bei der Widerklage ist die Streitigkeit als Ganzes zu betrachten, die Streitwerte von Haupt- und Anschlussberufung sind zusammenzuzählen und es gilt den verhältnismässigen Anteil am Obsiegen bzw. Unterliegen zu bestimmen.⁵⁹⁴

C. Verfahren der Streitwertbestimmung

I. Vorgehen in zwei Phasen

210

Nach der Darstellung der verschiedenen Fallgruppen und Konstellationen von Art. 91 ZPO sowie der Durchleuchtung des Streitwerts in den verschiedenen Phasen des Zivilprozesses lässt sich als Schlussfolgerung festhalten, dass sich das Verfahren der Streitwertbestimmung in zwei Phasen gliedert.⁵⁹⁵ Diese beiden Phasen zeigen sich insb. dann, wenn sich der Streitwert nicht direkt aus dem Rechtsbegehren ergibt, sondern eine komplizierte Berechnung bzw. Bemessung des Werts des Streitobjekts vorgenommen werden muss. Denn der Instruktionsrichter, der das Verfahren zu leiten hat, verfügt zu Beginn eines Prozesses noch kaum über Anhaltspunkte, um eine zuverlässige Streitwertbestimmung vornehmen zu können. So kann bei Klageeinreichung insb. noch keine Einigung zwischen den Parteien über den Streitwert bestehen, wie es Art. 91 Abs. 2 ZPO vorsieht.⁵⁹⁶ Dennoch hat der Instruktionsrichter in einer ersten Phase – mithin nach Klageeingang – den Kostenvorschuss sowie nach dessen Leistung die sachliche Zuständigkeit und die Verfahrensart (vorläufig) festzulegen. In einer zweiten Phase, d.h. bei Urteilsfällung und in Kenntnis sämtlicher Prozessakten, hat das Gericht den Streitwert insb. bei nicht auf Geld lautenden Rechtsbegehren

⁵⁹⁴ Hinten Rz 336.

⁵⁹⁵ Nach deutschem Recht werden die beiden Phasen ebenfalls mehr oder weniger strikt getrennt, indem das Gericht gemäss § 63 Abs. 1 GKG bei Verfahrenseinleitung einen vorläufigen Gebührenstreitwert festsetzt und nach § 63 Abs. 2 GKG über den endgültigen Gebührenstreitwert – sofern aufgrund einer besonderen Vorschrift notwendig (vgl. § 62 GKG) – jeweils von Amtes wegen erneut durch Beschluss entscheidet, vgl. MEYER, § 63 N 3 ff.; HARTMANN, § 63 N 6 ff.; SCHNEIDER/HERGET, Rz 1 f.; Stein/Jonas-ROTH, § 2 N 59. Praxisgemäss erfolgt die Festsetzung des Gebührenstreitwerts jeweils am Urteilsende, Stein/Jonas-ROTH, § 2 N 71.

⁵⁹⁶ Zur Einigung zwischen den Parteien über den Streitwert im Allgemeinen vgl. hinten Rz 223 ff.

erneut zu überprüfen und eventuell neu zu bestimmen. Dies ist im Wesentlichen dann erforderlich, wenn eine Änderung im Klageumfang⁵⁹⁷ erfolgt ist oder sich die Parteiangaben aus anderen Gründen als offensichtlich fehlerhaft erwiesen haben. Eine ähnliche, wenn auch stark vereinfachte Überprüfung findet auch bei bezifferten Rechtsbegehren statt.

Die Problematik akzentuiert sich insb. bei unbezifferten Forderungsklagen: Zu Beginn des Verfahrens steht nur ein provisorisch bezifferter Streitwert fest, der erst im Urteilszeitpunkt definitiv bestimmt werden kann. Zu denken ist aber etwa auch an eine Leistungsklage, die nicht auf Geld gerichtet ist (z.B. Vindikation, Auskunftsbeghären) oder an Feststellungs- oder Gestaltungs-klagen. Häufig fehlen in solchen Fällen sowohl dem Kläger wie auch dem Instruk-tionsrichter Informationen, welche bereits bei Klageeinreichung eine definitive Festsetzung des Streitwerts erlauben. Beim Einreichen eines nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautenden Rechtsbegehrens geht es daher in einer ersten Phase bloss um eine provisorische Festlegung des Streitwerts, um v.a. die vorzuschliessenden Gerichtskosten, die sachliche Zuständigkeit, das anwendbare Verfahren sowie eine allfällige Sicherheitsleistung zu bestimmen. Erst in einer zweiten Phase kann der definitive Streitwert festgelegt werden, wenn es hauptsächlich um die Bezifferung des Gebühren- und Rechtsmittelstreitwerts geht.⁵⁹⁸ 211

II. 1. Phase: Vorläufige Festsetzung des Streitwerts

Lautet das klägerische Rechtsbegehren auf eine bestimmte Geldsumme, ist dieser Betrag direkt als vorläufiger Streitwert anzusehen. Ist es hingegen nicht beziffert, fragt sich zunächst, wie der Instruk-tionsrichter einen provisorischen Streitwert festsetzen kann. Um eine provisorische Festlegung zu ermöglichen, auferlegt das Gesetz dem Kläger die Pflicht, den Streitwert seiner Klage anzugeben (Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO). Doch weil auch der Kläger vielfach nicht über genügend Informationen zur Beziffe- 212

⁵⁹⁷ Vgl. dazu vorne Rz 191.

⁵⁹⁸ Ebenso mit indirekten Hinweisen auf ein Vorgehen in zwei Phasen bei der Streitwertbestimmung Brunner/Gasser/Schwander-DIGGELMANN, Art. 91 N 5; LOOSLI, 147, in Bezug auf die unbezifferte Forderungsklage.

rung seiner Klage verfügt, bzw. ihm die rechtlichen Kenntnisse zur korrekten Berechnung fehlen, sind häufig keine verlässlichen Angaben bei der Nennung des Streitwerts in der Klage zu erwarten. Der Kläger hat den Streitwert lediglich so gut wie möglich zu schätzen bzw. einen aus seiner Sicht angemessenen Wert anzugeben. Ein Glaubhaftmachen ist sicherlich nicht zu fordern, vielmehr genügt eine gewisse Plausibilität ohne weiteres.⁵⁹⁹ Kommt der Kläger seiner Obliegenheit nicht nach, gereicht ihm dies aber nur insofern zum Nachteil, als dass er einen Ermessensentscheid des Gerichts nachträglich nicht mehr beanstanden kann.⁶⁰⁰ Von diesem provisorischen Streitwert hat das Gericht auszugehen, sofern dieser nicht bereits in diesem Verfahrensstadium als offensichtlich falsch beurteilt werden kann. Darauf basierend hat es zunächst den Kostenvorschuss festzulegen. Nach dessen Bezahlung muss die Verfahrensart bestimmt sowie die sachliche Zuständigkeit überprüft werden. Überdies ist auf diesen zumindest provisorisch festgelegten Gebührenstreitwert grundsätzlich abzustellen, falls das Verfahren infolge Parteierklärung (z.B. Anerkennung, Vergleich, Rückzug) oder fehlender Prozessvoraussetzungen vorzeitig beendet werden muss.⁶⁰¹

- 213 Da der Instruktionsrichter ohne eine eingängige Prüfung der Klage auf keine anderen Angaben abstellen kann, hat er den vom Kläger gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO – bzw. Art. 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO bei unbezifferten Forderungsklagen – angegebenen Streitwert nur eingeschränkt zu prüfen.⁶⁰² Eine genaue richterliche Prüfung würde nämlich bedeuten, dass der Instruktionsrichter schon bei der Frage der sachlichen Zuständigkeit oder des anwendbaren Verfahrens zur Klage selbst indirekt Stellung nehmen würde.⁶⁰³ Die Verpflichtung des Klägers zur Angabe des Streitwerts, obwohl ihm teilweise konkrete Angaben fehlen, vermag vereinzelt dazu verleiten, gerade bei Liquidation

⁵⁹⁹ HUGI, 250.

⁶⁰⁰ Vgl. hinten Rz 352.

⁶⁰¹ Zur vorzeitigen Prozesserledigung vgl. vorne Rz 189 f.

⁶⁰² Den Streitwert als doppelrelevante Tatsache zu qualifizieren wäre indessen nicht korrekt, vgl. die Ausführungen unter Rz 192.

⁶⁰³ SCHULLER, 41; GOEPFERT, Streitwertberechnung, 63 f.; LEUMANN LIEBSTER, 149; LOOSLI, 115. Ähnlich ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 221 N 11, der allerdings auf die Einigung der Parteien bzgl. des Streitwerts abstellt, was bei Klageeinreichung noch gar nicht möglich ist.

tätsproblemen den Streitwert eines nicht auf Geld lautenden Rechtsbegehrens möglichst tief anzugeben, um den Kostenvorschuss gering zu halten. Eine Abweichung von der klägerischen Angabe rechtfertigt sich deshalb in solchen Fällen, wo aus der Klagebegründung ein Streitobjekt mit bedeutend höherem Wert als der deklarierte Streitwert resultiert, d.h., wenn die klägerische Streitwertschätzung offensichtlich falsch ist oder wenn der Kläger den Streitwert offensichtlich falsch berechnet hat.⁶⁰⁴ In analoger Anwendung von Art. 91 Abs. 2 ZPO kann der Instruktionsrichter somit in einer ersten Phase aufgrund einer *prima facie*-Prüfung einen offensichtlich zu tief angesetzten Betrag nach richterlichem Ermessen erhöhen und damit einen angemessenen Kostenvorschuss verlangen. Nicht leichthin ist indessen ein abweichender Streitwert anzunehmen, wenn dieser eine andere sachliche Zuständigkeit oder Verfahrensart mit sich bringen würde. Hierzu wäre m.E. die Hürde der offensichtlichen Fehlerhaftigkeit noch höher anzusetzen, Korrekturen wären mithin auf reine Berechnungsfehler beschränkt. Denn es ist stets zu bedenken, welche Folgen die Streitwertschätzung in diesem Zeitpunkt des Verfahrens hauptsächlich nach sich zieht: Der (grundsätzlich jederzeit abänderbare) Kostenvorschuss erfolgt in der Höhe der mutmasslichen Prozesskosten (Art. 98 ZPO) und die Verfahrensart sowie die sachliche Zuständigkeit werden festgelegt. Ein Missbrauchspotenzial besteht deshalb nur bedingt. Ein Kläger wird nur selten einen offensichtlich zu geringen Betrag als Streitwert bezeichnen, nur um den Kostenvorschuss tief zu halten oder die Zuständigkeit des Einzelgerichts zu erwirken, stünde ihm hierfür doch das Institut einer Teilklage offen.⁶⁰⁵ Von einer Korrektur durch den Instruktionsrichter ist folglich nur zurückhaltend Gebrauch zu machen.

⁶⁰⁴ So bspw. wenn einem von mehreren Rechtsbegehren fälschlicherweise kein Streitwert beigegeben wird. Vgl. OGer ZH vom 20. Januar 2012, LF110118-O/U, E. 4.3.1, wo der Kläger den Streitwert seines präparatorischen Informationsbegehrens schätzte, anstatt auf den Hauptanspruch abzustellen.

⁶⁰⁵ So aber bspw. im dem Entscheid des Obergerichts Zürich (OGer ZH vom 20. Januar 2012, LF110118-O/U) zugrunde liegenden bezirksgerichtlichen Verfahren.

- 214 Was die provisorischen Streitwertangaben der Parteien zu Beginn des Verfahrens anbelangt, gilt es ausserdem Folgendes zu berücksichtigen: Zwar werden den Parteien zu Beginn eines Prozesses häufig nicht sämtliche Informationen und Zahlen zur exakten Streitwertbezeichnung vorliegen. Die Annahme, dass dem von den Parteien vorläufig angegebenen Streitwert deshalb keine präjudizierende Wirkung beigemessen werden kann, ist aber verfehlt.⁶⁰⁶ Gerade in einem Zeitpunkt, in welchem die Parteien ihre Prozesschancen nur beschränkt einschätzen können, werden sie am ehesten objektive Angaben zum Streitwert vorbringen. Ausserdem dürfte der Kläger bei Klageeinleitung von einem zumindest teilweisen Obsiegen ausgehen. Je mehr sich ein Unterliegen bzw. Obsiegen abzeichnet, werden die Parteien hingegen vorsichtigere bzw. übertriebene Streitwertangaben machen. Folglich ist der lediglich provisorischen Streitwertangabe in Bezug auf die Objektivität ein nicht unerhebliches Gewicht beizumessen.

III. 2. Phase: Definitive Festsetzung des Streitwerts

- 215 In einer zweiten Phase wird der Streitwert aufgrund der im Laufe des Prozesses gewonnenen Erkenntnisse neu berechnet und vom erkennenden Spruchkörper definitiv festgelegt. Denn nur das Gesamtgericht, bzw. in gewissen Fällen das Einzelgericht, kann über den definitiven Streitwert befinden, nicht aber der Instruktionsrichter. Regelmässig erlaubt auch erst die Stellungnahme des Beklagten die definitive Festlegung des Streitwerts.⁶⁰⁷ Die zweite Phase endet kurz vor Urteilsfällung, bzw. kann sich unter Umständen sogar bis zum Zeitpunkt des Versands des Urteils erstrecken.⁶⁰⁸ Bis zu diesem Zeitpunkt können die Parteien noch streitwertrelevante Handlungen – insb. Vergleich, Klageanerkennung und -rückzug – vornehmen. Sobald dem Gericht sämtliche prozessrelevanten Akten, Aussagen und Rechtsschriften zur Verfügung

⁶⁰⁶ So aber etwa SCHRAMM, 104. Dies gilt hingegen nicht bzgl. des vom Instruktionsrichter vorläufig angenommenen Streitwerts. Dieser hat keinerlei präjudizierende Wirkung auf den definitiven Streitwert, vgl. RICKLI, Rz 191.

⁶⁰⁷ Ausdrücklich etwa OGer ZH vom 13. November 2013, NP130027-O/U, E. 3.2.

⁶⁰⁸ Vgl. vorne Rz 200.

stehen, das Verfahren gleichsam spruchreif ist, muss der Streitwert daher einer erneuten Betrachtung unterzogen werden.⁶⁰⁹ Bei einer bezifferten Forderungsklage kann diese Überprüfung kurz erfolgen: Nur eine Erhöhung der Klageforderung mittels Klageänderung beeinflusst den Streitwert, weshalb nur dann eine Anpassung vorzunehmen ist.⁶¹⁰

Bei einem nicht auf Geld lautenden Rechtsbegehren muss in der zweiten Phase, d.h.,²¹⁶ wenn das Gericht das Urteil fällt, eine erneute, genauere Abklärung des Streitwerts vorgenommen werden. Aufgrund dieser Untersuchung, bei welcher dem Gericht mehr Informationen zur Verfügung stehen als zu Prozessbeginn, legt es den Streitwert definitiv fest. Je nach vorhandenen objektiven Angaben im Sachverhalt hat das Gericht nach Art. 91 Abs. 2 ZPO anders vorzugehen bzw. es steht ihm eine andere Überprüfungsbefugnis bzgl. der Parteiangaben zu.⁶¹¹ Eine Einigung der Parteien nach der definitiven Streitwertfestlegung im Urteil ist naturgemäss nicht mehr möglich.⁶¹² Aufgrund des rechtlichen Gehörs ist zumindest in unklaren Fällen eine kurze Begründung zwingend; deren Ausführlichkeit hängt von den vorhandenen objektiven Angaben sowie den Parteivorbringen ab.⁶¹³

Der definitive Streitwert dient insb. der Bestimmung der Prozesskosten. Eine allfällige²¹⁷ Abweichung zum vorerst vom Instruktionsrichter für den Kostenvorschuss nur provisorisch angenommenen Streitwert ist grundsätzlich unproblematisch, wenn die An-

⁶⁰⁹ So bereits zur zürcherischen Zivilprozessordnung, wonach es ebenfalls zu einer Neuberechnung des Streitwerts gekommen ist, wenn das Gericht über den Streitfall entschieden hatte, SCHUMACHER, 59.

⁶¹⁰ Vgl. vorne Rz 191. Bei einer Berufung muss für den Rechtsmittelstreitwert als Sonderfall eine eigenständige Berechnung durch die Rechtsmittelinstanz erfolgen, vgl. vorne Rz 199 ff., insb. Rz 201.

⁶¹¹ Zu den verschiedenen Fallgruppen von Art. 91 Abs. 2 ZPO vorne Rz 160 ff.

⁶¹² Ähnlich RICKLI, Rz 163, der eine Einigung der Parteien nach gerichtlicher Festsetzung zwar ebenfalls als unzulässig erachtet, den Zeitpunkt der definitiven Festlegung allerdings schon früher für möglich hält.

⁶¹³ Vgl. vorne Rz 166 ff.

passung auf objektiven Angaben im Sachverhalt beruht, da es sich um die erstmalige Vornahme der definitiven Wertfestsetzung handelt.⁶¹⁴ Dies gilt zumindest, solange eine für die sachliche Zuständigkeit oder Verfahrensart massgebende Streitwertschwelle nicht überschritten wird.⁶¹⁵ Zudem ist in diesem Verfahrensstadium der Rechtsmittelstreitwert unter Berücksichtigung der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren zu berechnen, damit die korrekte Rechtsmittelbelehrung bestimmt werden kann. Divergieren die verschiedenen Streitwertarten voneinander, wären im Urteil separate Ausführungen zur jeweiligen Streitwertberechnung notwendig, was in der Praxis indessen kaum gemacht wird. Vielmehr wird regelmässig nur ausgeführt, wieviel «der Streitwert» beträgt. Damit ist hauptsächlich der Gebührenstreitwert gemeint, da der Rechtsmittelstreitwert indirekt aus der beigefügten Rechtsmittelbelehrung hervorgeht.

- 218 Wie das Gericht schliesslich in der zweiten Phase zur Ermittlung des definitiven Streitwerts im Einzelnen vorzugehen hat, hängt von der gewählten Klageart bzw. Klageform ab.⁶¹⁶ Die nachfolgenden Ausführungen zu besonderen Vorschriften der Streitwertbestimmung beziehen sich demnach hauptsächlich auf die Streitwertberechnung und -bemessung in der zweiten Phase, in welcher der Streitwert definitiv festzulegen ist.

⁶¹⁴ Ähnlich zum deutschen Recht SCHNEIDER/HERGET, Rz 16; MEYER, § 63 N 7; Stein/Jonas-ROTH, § 2 N 74, mit dem Hinweis auf das Verfahren der Wertfestsetzung der Gerichtsgebühren gemäss § 63 GKG.

⁶¹⁵ Vgl. RICKLI, Rz 186.

⁶¹⁶ So bspw. für den Fall einer unbezifferten Forderungsklage, hinten Rz 223 ff., oder falls der Beklagte eine Widerklage erhoben hat, hinten Rz 329 ff., usw.

TEIL 4: BESONDERE VORSCHRIFTEN ZUR STREITWERTBESTIMMUNG

Im Zivilprozess steht einem Kläger nicht nur der einfachste Fall der Leistungsklage zur Verfügung, um sein Recht durchzusetzen. Vielmehr kommen für ihn gegebenenfalls zahlreiche prozessuale Möglichkeiten in Frage, wie er am einfachsten und schnellsten zu seinem Recht kommt. Stehen ihm z.B. bereits sämtliche Informationen zur Bezifferung seines Anspruchs zur Verfügung oder ist er auf Mitwirkung der Gegenpartei angewiesen? In welchem Verfahren erreicht er sein Ziel am schnellsten und günstigsten? Der Kläger hat sich jeweils zu vergegenwärtigen, wie er den Prozess gegen die beklagte Partei ausgestalten möchte und welchen Einfluss seine Entscheidungen auf den Gang des Verfahrens haben werden. Entscheidendes Gewicht kommt dabei der gewählten Klageart zu, mithin ob er – wie im Normalfall – auf Leistungsklagen will, oder ein Gestaltungs- oder Feststellungsurteil erreichen möchte. Je nachdem ändert sich auch die Berechnung des Streitwerts, was u.a. Einfluss auf die Kosten des Verfahrens hat. 219

Die Lehre sowie das Gesetz unterscheiden als zur Verfügung stehende Klagearten dem Grundsatz nach zwischen Leistungs- (Art. 84 ZPO), Feststellungs- (Art. 87 ZPO) und Gestaltungsclagen (Art. 88 ZPO).⁶¹⁷ Der Normtypus ist die Leistungsklage.⁶¹⁸ Eine solche muss nicht unbedingt auf Geld gerichtet sein, sondern kann allgemein auf Durchsetzung eines behaupteten Anspruchs auf Tun (positive Leistungsklage), Unterlassung (negative Leistungsklage) oder Duldung gerichtet sein (Art. 84 Abs. 1 ZPO).⁶¹⁹ In der Folge soll aufgezeigt werden, wie sich verschiedene Klagearten auf die Streitwertfestlegung auswirken. In einem weiteren Abschnitt ist vertieft auf immaterialgüterrechtliche Streitigkeiten einzugehen, die häufig in einer Kombination der verschie- 220

⁶¹⁷ Statt vieler GULDENER, ZPR, 192. Ebenso SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Kap. 6 Rz 1 ff.; LOOSLI, 8.

⁶¹⁸ ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 84 N 1.

⁶¹⁹ FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 100 N 5; GULDENER, ZPR, 205; dazu auch SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Kap. 6 Rz 1; ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 84 N 2. Zum Sonderfall der Klage auf Abgabe einer Willenserklärung KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 84 N 1.

denen Klagearten bestehen. Ihnen ist daher eine besondere Behandlung unter dem Titel der Klagearten einzuräumen. Anschliessend sind Spezialitäten bei der Streitwertbestimmung einzelner Klageformen, d.h. hauptsächlich der Streitwert*berechnung*, aufzuzeigen; es ist näher auf den Streitwert einer Teilklage (Art. 86 ZPO), bei Vorliegen von Nebenforderungen und mehreren Ansprüchen (Art. 93 ZPO), auf die unbezifferte Forderungsklage (Art. 85 ZPO) sowie auf die Widerklage (Art. 94 ZPO) einzugehen. Schliesslich werden Grundsätze zum Streitwert im Massnahmeverfahren aufgezeigt sowie Überlegungen angestellt, wie man sich gegen eine fehlerhafte Streitwertbestimmung durch das Gericht wehren kann.

§ 10 Streitwert einzelner Klagearten

A. Leistungsklage

I. Auf bestimmte Geldsumme lautend

221

Die positive Leistungsklage richtet sich in den meisten Fällen auf die Bezahlung eines genau bezifferten Betrags. Wird ein solcher verlangt, ist der geforderte Betrag gemäss Art. 84 Abs. 2 ZPO direkt im Rechtsbegehren zu beziffern. Dies hat bereits mit Einreichung der Klage zu geschehen (Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO). Der Streitwert bemisst sich sodann gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO nach dem im Rechtsbegehren genannten Betrag.⁶²⁰

Die gesamte Summe ist auch dann als Streitwert anzunehmen, wenn die Bezifferung offensichtlich übersetzt ist und mit dem tatsächlichen, subjektiven Streitinteresse des Klägers nicht übereinstimmt.⁶²¹ Handelt es sich um einen Anspruch auf Geld in ausländischer Währung, ist dieser zur Streitwertbestimmung in Schweizer Franken umzurechnen. Massgebend ist der Kurs im Zeitpunkt der Klageeinleitung.⁶²²

⁶²⁰ Vgl. die Ausführungen vorne Rz 143 ff.

⁶²¹ KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 91 N 8; SCHULLER, 40 f.; HESS, 53 ff. m.w.H.

⁶²² Vgl. vorne Rz 188.

Von keiner Relevanz für die Höhe des Streitwerts sind die Verteidigungsmittel des 222
Beklagten. Bei der Festsetzung des Streitwerts haben sämtliche Ausführungen unbe-
rücksichtigt zu bleiben, mit welchen sich der Beklagte der Klage zu widersetzen ver-
sucht. Insb. haben Bestreitungen, materiellrechtliche sowie prozessuale Einreden und
Einwendungen keinen Einfluss auf den Streitwert.⁶²³ Gleiches gilt für die Verrech-
nungseinrede, die ebenfalls nur ein Verteidigungsmittel darstellt. Anders zu beurtei-
len ist die Sachlage lediglich bei Erheben einer Widerklage; diese kann zu einer nach-
träglichen Anpassung des Streitwerts führen.⁶²⁴

II. Nicht auf bestimmte Geldsumme lautend

Eine positive Leistungsklage kann auch auf die Herausgabe einer Sache, die Vornahme 223
einer Handlung (z.B. Verrichtung von Arbeit, Lieferung eines gekauften Gegenstandes
etc.) oder Abgabe einer Willenserklärung (z.B. Unterzeichnung eines Vertrags) gerich-
tet sein.⁶²⁵ Nachdem das Vorgehen, wie bei nicht bezifferten Rechtsbegehren der
Streitwert zu ermitteln ist, bereits dargestellt worden ist,⁶²⁶ geht es nunmehr darum,
den konkreten Wert eines nicht auf eine bestimmte Geldsumme lautenden Rechtsbe-
gehrens zu ermitteln.

1. Informations- und Auskunftsbegehren

a) Problematik

Die Informationsklage stellt einen typischen Fall eines nicht auf Geld lautenden Leis- 224
tungsbegehrens dar. Mit ihr will ein Kläger in einer selbständigen Klage die Heraus-
gabe einer bestimmten Information erzwingen, wobei die Information in einer Aus-

⁶²³ SCHULLER, 63 f.; RICKLI, Rz 364.

⁶²⁴ Im Allgemeinen und zur Abgrenzung zwischen Verrechnung und Widerklage hinten Rz 329 ff.

⁶²⁵ ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 84 N 6. Zu den Leistungsklagen im Allgemeinen SPÜHLER/DOL-
GE/GEHRI, Kap. 6 Rz 5 ff.

⁶²⁶ Vorne Rz 160 ff.

kunft, der Ablegung von Rechenschaft, Rechnungslegung oder Aufklärung bestehen kann.⁶²⁷ Im Normalfall erfolgt die Anhebung einer Informationsklage, um das klägerische Informationsdefizit zu beseitigen, d.h. hauptsächlich zur Vorbereitung eines allfälligen Hauptanspruchs (sog. präparatorischer Informationsanspruch).⁶²⁸ Besteht der Hauptzweck einer Informationsklage nicht in der Vorbereitung eines Hauptanspruchs, kann mit ihm ein relatorisches (zwecks Kontrolle und Überwachung), kompletorisches (die Hauptleistung ergänzend), testatorisches (zwecks Beweis- oder Zeugnissicherung) oder kompensatorisches (zwecks Reparation eines Störungs- oder Schadenszustands) Informationsrecht durchgesetzt werden.⁶²⁹ In diesem Fall erfolgt eine selbständige Klage auf Information (sog. reines Informationsbegehren), welcher ein eigener Wert zuzumessen ist.

225

Die Bezifferung des Streitwerts einer Informationsklage ist stets mit einer Ungewissheit verbunden. Dies zeigt auch der Umstand, dass das Bundesgericht entgegen der sonst eher strengen Praxis regelmässig keine konkreten Angaben zum Streitwert des Informationsanspruchs verlangt und sich in seinen Erwägungen ebenfalls regelmässig mit dem Hinweis auf das Erreichen der erforderlichen Streitwertschwelle begnügt.⁶³⁰ Dieses Vorgehen darf indes nicht dazu führen, dass sich der Kläger mit einer solch unbestimmten Angabe begnügt. Denn gleichwohl ist die Schwierigkeit der Quantifizierung des Streitwerts nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Qualifikation als vermögensrechtliche Streitigkeit nicht massgebend,⁶³¹ weshalb einer Informati-

⁶²⁷ Zum Begriff der Information vgl. SCHRÖDER, 4: Die Information ist die Übermittlung von Wissen von einem Informator an einen Empfänger, die bei letzterem dessen bereits vorhandenes Wissen erweitert, vermindert oder bestätigt. Ähnlich LEUMANN LIEBSTER, 17 m.w.H. In der Folge wird der Einfachheit halber stets nur von «Informationsanspruch» gesprochen.

⁶²⁸ LEUMANN LIEBSTER, 23. Zum Informationsanspruch als präparatorischer Hilfsanspruch im Rahmen einer Stufenklage vgl. hinten Rz 314 ff.

⁶²⁹ Zu den verschiedenen Arten von Informationsansprüchen ausführlich LEUMANN LIEBSTER, 23 f.

⁶³⁰ BGer 5A_695/2013 E. 1.1; 5A_136/2012 E. 2.3; 5C.157/2003 E. 3.2; 4C.9/2003 E. 1.2; ebenso BGE 127 III 396 E. 1b.

⁶³¹ Vgl. dazu die Ausführungen vorne Rz 12 ff.

onsklage ein bestimmbarer Streitwert zukommt.⁶³² Eine solche Qualifikation erfolgt unabhängig davon, ob der Anspruch vertraglich⁶³³, erbrechtlich⁶³⁴ oder anderweitig begründet ist. Der wirtschaftliche Zweck ist dabei im Umstand zu sehen, dass mit den gewonnenen Informationen regelmässig eine in der Folge zu erhebende Leistungsklage beabsichtigt wird.⁶³⁵ Der Kläger hat sein Rechtsbegehren daher nach Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO betragsmässig zu beziffern. Eine Informationsklage, mit welcher kein wirtschaftliches, sondern ein bloss ideelles Interesse verfolgt wird, wäre nicht als vermögensrechtlich zu qualifizieren; eine solche Konstellation dürfte indes nur selten vorkommen.⁶³⁶

Die Streitwertangabe gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO ermöglicht dem Gericht eine 226 vorläufige Festsetzung eines einigermaßen plausiblen Streitwerts. Sie stellt indes häufig nur eine sehr grobe Schätzung des Klägers dar, da er im Normalfall über keine weitergehenden Angaben verfügt, will er sich die Information doch gerade mit der Informationsklage beschaffen. Würde vom Kläger verlangt, bereits bei Klageanhebung zu wissen, wie hoch der effektive Streitwert zu beziffern ist, wäre das Auskunftsbegehren mit der erst noch zu ermittelnden Grundlage zwecklos.⁶³⁷ Eine sehr grobe, subjektive Schätzung durch den Kläger hat folglich zu genügen, wobei diese zwar unbegründet sein kann, aber dennoch beziffert zu sein hat. Darauf basierend hat der Instruktionsrichter – sofern er in einer ersten Phase in der Klage keine Anhaltspunkte zur Annahme eines offensichtlich abweichenden Streitwerts findet – den Kostenvorschuss festzusetzen, das anwendbare Verfahren festzulegen und seine sachliche Zuständig-

⁶³² BGE 126 III 445 E. 3b; BGer 5A_810/2008 E. 1.2; noch offen gelassen in BGE 90 II 365 E. 1; LEUMANN LIEBSTER, 36. A.A. HERZOG, 138.

⁶³³ Z.B. BGer 4A_398/2008 E. 1.4.2, nicht publ. Erw. in BGE 135 III 185.

⁶³⁴ Z.B. BGE 127 III 396 E. 1b; BGer 5A_810/2008 E. 1.2.

⁶³⁵ So bspw. BGE 126 III 445 E. 3b mit Hinweis auf eine potenzielle Verantwortlichkeitsklage nach vorgängig erfolgter Klage auf Rechenschaftsablegung.

⁶³⁶ SCHNEIDER/HERGET, Rz 648, verweisen bspw. auf einen Entscheid des OLG Köln, in welchem ein Kläger Einsicht in Personalakten verlangte, die bei einer privatrechtlich organisierten Begabtenförderungsstelle für ihn als Stipendiaten geführt wurden.

⁶³⁷ BGE 127 III 396 E. 1b.

keit zu überprüfen. Das Vorgehen in der zweiten Phase gestaltet sich dann wie bei jedem nicht auf Geld lautenden Rechtsbegehren.⁶³⁸

227

Damit ist jedoch noch nichts über die konkrete Bemessung des Streitwerts eines Informationsbegehrens gesagt. Es stellt sich sowohl für das Gericht wie auch für den Kläger (bzw. für den Beklagten) die Frage, wie der Wert eines Informationsanspruchs überhaupt zu bestimmen ist. Bei dieser Frage herrscht in der Lehre weitgehend Uneinigkeit: Einige Autoren beziffern den Streitwert in der gleichen Höhe wie der ihm zugrunde liegende Hauptanspruch, andere messen ihm bloss einen Bruchteil des Streitwerts des zugrunde liegenden Hauptanspruchs zu.⁶³⁹ Einigkeit besteht insofern bloss darin, dass für die Bemessung des Streitwerts des Informationsanspruchs auf den zugrunde liegenden Hauptanspruch abzustellen ist. Dies setzt allerdings voraus, dass überhaupt ein solcher (wie beim präparatorischen Informationsbegehren) existiert.

b) Reines Informationsbegehren

228

Bezweckt der Kläger keine im Nachhinein anzuhebende Forderungsklage, so bestehen regelmässig keine Anhaltspunkte über einen möglichen wirtschaftlichen Wert des Informationsanspruchs. Ein solcher kann sich auch im Verlaufe des Verfahrens nicht ergeben. In diesen Fällen bleibt als einzige Möglichkeit, hauptsächlich auf die subjektive Bezifferung durch die Parteien abzustellen, welche sich an folgenden Anhaltspunkten orientieren soll: Es gilt das vermögenswerte Interesse des Klägers an der Information zu schätzen.⁶⁴⁰ Möglich ist z.B. das Abstellen auf den Zeit- und Sachaufwand oder die Kosten eines zu beauftragenden Experten, so z.B. im Fall einer Klage auf Rechnungslegung oder Ablegung eines Rechenschaftsberichts.⁶⁴¹ Bei einem Begeh-

⁶³⁸ Zur zweiten Phase der Streitwertfestsetzung vgl. vorne Rz 215 sowie vorne Rz 160 ff. betreffend die verschiedenen Fallgruppen von Art. 91 Abs. 2 ZPO.

⁶³⁹ Auf die verschiedenen Lehrmeinungen wird ausführlich hinten in Rz 230 f. eingegangen.

⁶⁴⁰ Vgl. BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 37.

⁶⁴¹ Vgl. OGer AG vom 31. August 2009, ZSU.2009.279, E. 3.4., allerdings in Bezug auf einen präparatorischen Informationsanspruch. Ebenso SCHNEIDER/HERGET, Rz 4467.

ren auf Auskunft oder Aufklärung wird sich das Gericht hauptsächlich an den Ausführungen des Klägers zum von ihm vorgebrachten Wert orientieren müssen. Dieser hat den wirtschaftlichen (Mehr-)Wert anzugeben, welchen die Auskunft für ihn besitzt.⁶⁴² Häufig wird sich das Gericht auf diese Angabe verlassen müssen, sofern sie einigermaßen plausibel erfolgt. Der angenommene Betrag soll in einer objektiven Gesamtbetrachtung aller Umstände den wirtschaftlichen Wert des Anspruchs widerspiegeln, wobei insb. auch Kriterien wie das eigene Wissen des Klägers, die Schwierigkeit und der Aufwand der Informationsbeschaffung berücksichtigt werden sollen. In der Regel ist dem Informationsbegehren nicht leichthin ein zu niedriger Streitwert beizumessen; vielmehr ist dieser im Zweifelsfall hoch und eine umstrittene Streitwertschwelle überschreitend⁶⁴³ zu schätzen. Bei der Festlegung der Kosten ist hauptsächlich im Sinne des Äquivalenzprinzips der entstandene Aufwand zu berücksichtigen, um eine adäquate Kostenfolge zu erreichen.⁶⁴⁴

c) Präparatorisches Informationsbegehren

Hat der Informationsanspruch das Ziel, einen potenziellen Anspruch gegen einen Schuldner belegen zu können, spricht man von einem präparatorischen Informationsbegehren. Hier ist auf den Streitwert des zugrunde liegenden Hauptanspruchs abzustellen. Regelmässig handelt es sich um ein Schadenersatzbegehren gegen einen Beauftragten, Agenten etc. Ebenfalls denkbar sind Informationsbegehren im Erbrecht, mit welchen Einsicht in bei einem (anderen) Erben befindliche Unterlagen verlangt wird, die zur Vorbereitung einer späteren Herabsetzungs- oder Ausgleichungsklage dienen. In diesen Fällen wird der Streitwert folglich erst im Nachhinein, d.h. anhand der erhaltenen Information, durch das Gericht bestimmt. Bringt die Information keine

⁶⁴² So etwa in der Verfügung des Einzelrichters des HGer ZH vom 28. Januar 2015, HE140384, E. 3.1 (publ. in ZR 114 [2015] Nr. 38), in welchem die Klägerin Information und Edition von Unterlagen über ein ihr zustehendes Bankguthaben auf einem Bankkonto, dessen Angaben sie nicht (mehr) kannte, erhältlich zu machen versuchte.

⁶⁴³ Zu diesem Grundsatz vgl. vorne Rz 84 sowie WURZBURGER, recours, Ziff. 187.

⁶⁴⁴ Damit wird den Schlussfolgerungen (vorne Rz 137 ff.) insgesamt am besten Rechnung getragen, allerdings auf Kosten der Vorhersehbarkeit.

ziffernmässig belegbare Höhe eines potenziellen Anspruchs hervor oder ist dieser für das Gericht nicht ersichtlich, muss grundsätzlich wie im Fall des reinen Informationsbegehrens aufgezeigt verfahren werden: Das Gericht hat auf die übereinstimmenden Angaben der Parteien abzustellen oder bei Nichteinigung einen Ermessensentscheid zu fällen, der die gesamten Umstände – insb. auch das Angreiferinteresseprinzip – würdigt. Der Wert des Hauptanspruchs stellt dabei das vermögenswerte Interesse des Auskunftsklägers dar, liegt also im quantifizierten Anspruch der bestehenden, potenziellen Forderung.⁶⁴⁵ Ergeben sich in der zweiten Phase gewisse Anhaltspunkte zum Wert des Hauptanspruchs, ist dieser Wert als Ausgangspunkt für die Festlegung des Streitwerts des Informationsbegehrens zu nehmen. Von einer offensichtlich zu tiefen Streitwertangabe des Klägers kann daher ohne weiteres abgewichen werden, wenn objektive Anhaltspunkte eine abweichende Streitwertfestsetzung zulassen.⁶⁴⁶

d) Verhältnis zum Hauptanspruch

230

Höchst umstritten ist in der Lehre, in welchem Verhältnis der Wert des Informationsanspruchs zum Streitwert des Hauptanspruchs steht.⁶⁴⁷ Grundsätzlich werden zwei Ansichten vertreten: Der Streitwert des Informationsanspruchs sei gleich hoch wie derjenige des ihm zugrunde liegenden Hauptanspruchs zu beziffern. Dies mit der Begründung, das Informationsbegehren stelle einen eigenständigen Anspruch dar und

⁶⁴⁵ Z.B. der Schadenersatzanspruch gegen den zur Rechenschaftsablegung verpflichteten Beauftragten; der Anspruch des Ehegatten gegen den zur Edition verpflichteten Ehegatten; der Provisionsanspruch des Agenten gegen den zur Einsicht verpflichteten Auftraggeber. Vgl. auch BGE 123 III 140 E. 1c; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 37.

⁶⁴⁶ Vgl. dazu auch die Überprüfungsbefugnis des Gerichts bei objektiven Angaben im Sachverhalt, vorne Rz 166. Dem Kläger ist nicht zu empfehlen, einen zu geringen Streitwert anzunehmen, da das Gericht von seiner Angabe ohne weiteres abweichen kann, ohne sich mit seinen Argumenten auseinandersetzen zu müssen. Vgl. ebenfalls KassGer ZH vom 18. März 2011, publ. in ZR 110 (2011) Nr. 114 E. 3.4.

⁶⁴⁷ Diese Frage stellt sich nur für den präparatorischen Informationsanspruch. Liegt dem Auskunftsbeghären kein Hauptanspruch zugrunde, gibt es naturgemäss keinen Bruchteil zu bestimmen.

entspreche folglich dem vollen Wert des nachfolgenden Hauptanspruchs.⁶⁴⁸ Mehrheitlich wird indessen vertreten, die präparatorische Informationsklage habe immer, nicht nur im Rahmen einer Stufenklage, bloss dienenden Charakter, weshalb ihr nicht derselbe Wert wie derjenige des Hauptanspruchs zukommen könne. Ausserdem führe dessen Gutheissung nicht direkt zum finanziellen Anspruch.⁶⁴⁹ Dies müsse auch dann gelten, wenn in der Folge kein Forderungsprozess angehoben werde. Ändert der Kläger seine Informationsklage allerdings im Laufe des Prozesses (infolge Erfüllung) zu einem Leistungsanspruch, führt der Wert des Informationsbegehrens nach beiden Ansichten nicht zu einer Erhöhung des Streitwerts, sondern neu ist der Streitwert des geforderten Leistungsanspruchs massgebend.⁶⁵⁰

Der in der Lehre überwiegend vertretenen Meinung ist m.E. zuzustimmen, denn insb. 231 das Argument des dienenden Charakters des Informationsanspruchs überzeugt. Zusätzlich ist das Argument ins Feld zu führen, dass auch unter dem Blickwinkel des verursachten Aufwands sowohl des Gerichts wie auch der Parteien die Annahme eines bloss bruchteilhaften Streitwerts sachgerecht ist. Dieser Bruchteil kann nach einzel-fallgerechtem Ermessen festgelegt werden, sodass das Problem einer allfällig fehlenden Weiterzugsmöglichkeit gelöst werden kann, indem der Bruchteil nicht zu tief festgesetzt wird. Abzulehnen ist hingegen die ebenfalls vertretene Ansicht, wonach sich der Rechtsmittelstreitwert für den zur Auskunft Verurteilten nach dem Abwehrinteresse gegen die begehrte Auskunft beurteile, d.h. nach dem konkreten Aufwand an Zeit und Arbeit, die die Erteilung der Auskunft oder ihre Abwehr verursacht.⁶⁵¹

⁶⁴⁸ So etwa OGer ZH vom 20. Januar 2012, LF110118-O/U, E. 4.3.1, allerdings ohne nähere Begründung, weshalb der volle Wert des Hauptanspruchs massgebend sein soll; ebenso ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 85 N 22; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 138 N 3a 4. Lemma.

⁶⁴⁹ ZÜRCHER, Streitwert, 498; zustimmend SCHRÖDER, 218; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 37; GENNA, Informationsanspruch, 205; LEUMANN LIEBSTER, 230 f., insb. auch 36 f. mit zahlreichen Hinweisen auf die deutsche Lehre; dazu insb. SCHNEIDER/HERGET, Rz 4466 ff., insb. 4473.

⁶⁵⁰ SCHNEIDER/HERGET, Rz 663.

⁶⁵¹ So etwa ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 32 N 52. Dies widerspräche dem Grundsatz des Angreiferinteresseprinzips.

232

Ein höchstrichterlicher Entscheid in Bezug auf den konkreten Wert eines Informationsbegehrens ist bis anhin noch nicht ergangen. Es ist aber davon auszugehen, dass auch das Bundesgericht ähnlich vorgehen würde. So hat es im Zusammenhang mit einem Gesuch auf Einsetzung eines aktienrechtlichen Sonderprüfers festgehalten, dass das Kostenrisiko im Vergleich zu einer allfällig nachfolgenden Leistungsklage bescheiden bleiben soll. Das Gesuch ziele lediglich auf die Beschaffung von Informationen ab, weshalb ein reines Abstellen auf den Streitwert des Gesamtschadens, welcher mit der Sonderprüfung erforscht werden soll, nicht zulässig sei.⁶⁵² Dies ist immerhin als Hinweis zu deuten, dass das Bundesgericht geneigt ist, einem Informationsanspruch einen geringeren Wert beizumessen als dem zugrunde liegenden Hauptanspruch.⁶⁵³ Denn auch der Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers hat den Charakter eines präparatorischen Informationsanspruchs. Die Annahme eines Bruchteils erscheint schliesslich unter einem anderen Aspekt als sachgerecht: Würde gestützt auf die erhaltene Information in der Folge eine (Schadenersatz-)Klage eingereicht, hätte dies faktisch eine Verdoppelung des Streitwerts zur Folge. Dies rechtfertigt sich nicht, da die Klage wirtschaftlich gesehen auf denselben Anspruch gerichtet ist.

e) Höhe der Bruchteilsquote

233

Auch bei der Festlegung der Bruchteilsquote vom Hauptanspruch bestehen in der Lehre grosse Differenzen. Das Gericht hat *ex ante* eine Schätzung des Informationsinteresses vorzunehmen, da auch im Entscheidzeitpunkt (zweite Phase) – anders als bei der Stufenklage⁶⁵⁴ – regelmässig noch keine Angaben über den Wert der Information vorhanden sein werden. Der Beklagte wird dem Informationsbegehren i.d.R. erst nach gutheissendem Urteil nachkommen, sodass dem Gericht keine Gelegenheit bleibt, den

⁶⁵² BGE 123 III 261 E. 4a. Vgl. auch hinten Rz 258.

⁶⁵³ GL.M. BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 37. Anders interpretiert das Obergericht Zürich den Entscheid dahingehend, das Bundesgericht wolle damit gerade zeigen, dass der zugrunde liegende Schadenersatzanspruch massgebend sein müsse (OGer ZH vom 20. Januar 2012, LF110118-O/U, E. 4.3.2). Diese Interpretation greift m.E. zu kurz, da es weitgehend unbestritten ist, dass der Hauptanspruch berücksichtigt werden muss, die Höhe allerdings umstritten ist, und das Bundesgericht explizit von nur «indirektem Zusammenhang» spricht.

⁶⁵⁴ Vgl. hinten Rz 320 ff.

Streitwert in einer zweiten Phase genauer zu beziffern. Es stellt sich deshalb das Problem, dass das Gericht einerseits den Wert des zugrunde liegenden Hauptanspruchs schätzen und andererseits eine Bruchteilsquote des Informationsinteresses festlegen muss, was unter dem Aspekt der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit ein grosser Nachteil ist. Die Ansichten gehen denn auch weit auseinander: Während v.a. in der deutschen Praxis je nach klägerischem Interesse Bruchteile zwischen 10–40 % vom Wert des Hauptanspruchs genannt werden,⁶⁵⁵ will LEUMANN LIEBSTER dem Umstand der fehlenden Rechtssicherheit dadurch Rechnung tragen, dass der Auskunftsanspruch fix auf den Bruchteil von 20 % der Höhe des geschätzten Zielanspruchs festgelegt wird.⁶⁵⁶

Wie beim reinen Informationsbegehren wird das Gericht in jedem Fall eine Schätzung 234 des Werts des Anspruchs vornehmen müssen. Es wird dem Gericht nichts anderes übrig bleiben, als das Informationsinteresse des Klägers anhand möglicher objektiver Anhaltspunkte in der Klagebegründung zu schätzen.⁶⁵⁷ Dabei hat es sich insb. am zugrunde liegenden Hauptanspruch zu orientieren, sofern dazu Angaben, die eine Schätzung ermöglichen, vorhanden sind. Ein Festhalten an einer 20 %-Quote, wie es LEUMANN LIEBSTER vorschlägt, ist m.E. zu starr und überzeugt aufgrund der Verschiedenartigkeit von Informationsansprüchen nicht. Vielmehr hat das Gericht im Einklang mit der hauptsächlich in der deutschen Lehre vertretenen Ansicht eine Quote festzulegen, welche dem objektiven Informationsinteresse Rechnung trägt. Hierbei kann insb. auch eine allfällige Weiterzugsmöglichkeit berücksichtigt werden, indem man eine Streitwertschwelle im Zweifelsfall als erreicht beurteilt. Hilfreich kann eine

⁶⁵⁵ ASSMANN, 91; SCHNEIDER/HERGET, Rz 652. Ebenso zum schweizerischen Recht ZÜRCHER, Streitwert, 498.

⁶⁵⁶ LEUMANN LIEBSTER, 37, mit dem zusätzlichen Hinweis darauf, dass die Streitwertbemessung des Informationsanspruchs auf einer doppelten Schätzung beruhe, da in einem ersten Schritt der Hauptanspruch und in einem zweiten Schritt davon abhängig der Auskunftsanspruch geschätzt werden müsse, was ebenfalls für eine feste Quote spreche.

⁶⁵⁷ Vgl. LEUMANN LIEBSTER, 36; SCHRÖDER, 218; SCHNEIDER/HERGET, Rz 912.

Abstufung sein, wie es SCHNEIDER/HERGET vorschlagen.⁶⁵⁸ Allgemein lässt sich Folgendes sagen: Je schwieriger bzw. aufwendiger sich die Informationsbeschaffung gestaltet und je geringer das eigene, bereits vorhandene Wissen des Klägers ist, desto wichtiger ist die Auskunft für den Kläger und umso grösser ist auch der wirtschaftliche Wert des Informationsanspruchs (im Verhältnis zum Hauptanspruch). Auch die Höhe des Streitwerts des Hauptanspruchs ist m.E. zu berücksichtigen, indem ein tieferer Bruchteil angezeigt ist, wenn dessen Streitwert bereits sehr hoch ist. Der objektive Informationswert dürfte in den meisten Fällen nur degressiv steigen. Die Quote sollte etwas tiefer angesetzt werden, wenn die Information in einer Stufenklage verlangt wird, da der Kläger regelmässig einen vorsichtigen Mindestbetrag i.S.v. Art. 85 Abs. 2 ZPO angeben wird. Der Bruchteil ist indessen nicht zu tief anzusetzen, da die Information für den Kläger in jedem Fall einen wirtschaftlichen Wert besitzt, hätte er doch ansonsten kein Informationsbegehren gestellt. Der Streitwert sollte in einer Gesamtbetrachtung sämtlicher Umstände ein angemessenes Bild ergeben. Insgesamt erscheint eine Spanne von 10–50 % (d.h. $\frac{1}{5}$, $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{3}$ oder $\frac{1}{2}$) des Hauptanspruchs sachgerecht.⁶⁵⁹ Falls sich der Hauptanspruch nicht oder nur schwierig beziffern lässt, ist wie bei der reinen Informationsklage vornehmlich auf die Streitwertangaben der Parteien abzustellen. Der Umweg über eine vorgängige Schätzung des Hauptanspruchs kann diesfalls unterbleiben.

235

Als ergänzende Bemerkung ist noch auf eine abweichende, in der deutschen Lehre vertretene Ansicht hinzuweisen: Bei der Berechnung des Rechtsmittelstreitwerts wird in Bezug auf die Informationsklage teilweise zwischen dem Angriffsinteresse des Klä-

⁶⁵⁸ SCHNEIDER/HERGET, Rz 660: (I.) Hohe Bewertung, wenn der Kläger seinen Anspruch ohne Auskunft voraussichtlich nicht durchsetzen kann. (II.) Mittlerer Wertansatz, wenn die Auskunft dem Kläger die Begründung des Zahlungsanspruchs erleichtert. (III.) Geringer Wertansatz, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen für die Bezifferung des Zahlungsanspruchs weitgehend geklärt sind. (IV.) Geringste Bewertung, wenn dem Kläger die massgeblichen Unterlagen bereits zur Verfügung stehen und die Auskunft nur noch Kontrollfunktion hat oder die Erhöhung der Übersichtlichkeit bezweckt.

⁶⁵⁹ Ähnlich ZÜRCHER, Streitwert, 498 m.w.H.; SIEGEL, 39 f. m.H. auf die deutsche Rechtsprechung. Ebenfalls GENNA, Informationsanspruch, 205, der den Streitwert auf 10 % des geschätzten Interesses festsetzen will, aber dennoch wohl nicht von einer starren Quote ausgeht.

gers und dem Abwehrinteresse des unterlegenen Beklagten unterschieden, womit zwei unterschiedliche Rechtsmittelstreitwerte resultieren. Das Abwehrinteresse bemesse sich dabei nach dem voraussichtlichen Aufwand an Zeit und Kosten für eine sorgfältige Informationserteilung sowie nach einem allfälligen schutzwürdigen Geheimhaltungsinteresse.⁶⁶⁰ Eine solche Differenzierung ist, zumindest für die Schweiz, abzulehnen. Da sich der Rechtsmittelstreitwert nach den zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren bestimmt (Art. 308 Abs. 2 ZPO), gilt dieser einheitlich sowohl für den Kläger wie auch für den Beklagten. Sind die Interessen unterschiedlich, ist nach dem Angreiferinteresseprinzip auf den Wert des klägerischen Interesses abzustellen, wobei dies keine spezifische Frage des Rechtsmittelstreitwerts darstellt, sondern eine Frage der Bestimmung des Streitobjekts.⁶⁶¹ Bei der Informationsklage im Speziellen besteht das Streitobjekt in einem Bruchteil des geschätzten Hauptanspruchs des Klägers, unabhängig von einem allfällig abweichenden Interesse des Beklagten auf Nichterteilen der strittigen Information. Folglich besteht immer nur ein einziger für das Rechtsmittel massgebender Streitwert, weshalb eine Aufteilung nicht in Frage kommt.⁶⁶²

2. *Leistung Zug-um-Zug*

Steht ein synallagmatischer Vertrag im Streit, kommt es bei der Klage auf Erfüllung 236
nur auf die eingeklagte Leistung an; ein Abzug der Gegenleistung ist nicht vorzunehmen.⁶⁶³ Entgegen der Meinung von SCHNEIDER gilt dies m.E. auch dann, wenn sich der

⁶⁶⁰ SCHNEIDER/HERGET, Rz 690 ff.; ebenfalls SCHRÖDER, 218. Zum Ganzen auch LEUMANN LIEBSTER, 38 m.w.H.

⁶⁶¹ Vgl. zur Bestimmung des Streitobjekts bei unterschiedlichen Interessen vorne Rz 157 ff.

⁶⁶² Im Ergebnis gleich LEUMANN LIEBSTER, 38.

⁶⁶³ BGE 80 II 311 E. 1; 116 II 431 E. 1; BIRCHMEIER, 42; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 18 m.w.H.; BK ZPO-STERCHI, Art. 91 N 19a; WURZBURGER, recours, Ziff. 175; BÜRGI/SCHLÄPFER/HOTZ/PAROLARI, § 36 N 2; STUDER/RÜEGG/EIHLER, § 18 N 1; RICKLI, Rz 224. Abweichend davon wurde in BGE 46 II 271 ff. entschieden. Dieser Fall stellt allerdings insofern eine Besonderheit dar, als dass der den Kaufpreis fordernde Verkäufer auch den bereits hinterlegten Betrag geltend machte, ohne ihn dem Käufer zusprechen zu wollen. Das Bundesgericht zog entsprechend diese «Gegenleistung» ab, da sie dem Käufer zukomme. Heute würde wohl nur noch auf den mit dem Rechtsbegehren geforderten Betrag abgestellt.

Beklagte auf ein besseres Recht beruft.⁶⁶⁴ Macht der Kläger Wandelung des gegenseitigen Vertrags geltend, ist für die Berechnung des Streitwerts diejenige Leistung massgebend, von deren Erbringung der Kläger befreit sein will oder die er zurückverlangt. Die zu erbringende oder bereits erbrachte Gegenleistung ist nicht abzuziehen, da diese nicht zum Streitobjekt gehört.⁶⁶⁵

3. *Arbeitsrechtliche Klagen im Besonderen*

237 Ist im Zusammenhang mit dem Streitwert vom Arbeitsrecht die Rede, steht hauptsächlich das Problem der Bewertung eines Arbeitszeugnisses im Vordergrund. Andere arbeitsrechtliche Streitigkeiten beziehen sich in aller Regel auf bezifferte vermögensrechtliche Ansprüche, in welchen eine Partei Lohn oder Schadenersatz von der Gegenpartei fordert.⁶⁶⁶ Auf sie soll deshalb nicht weiter eingegangen werden.

238 Bei der in der Praxis häufig anzutreffenden Klage auf Ausstellung eines (anderslautenden) Arbeitszeugnisses besteht eine sehr unterschiedliche Praxis der Gerichte verschiedener Kantone, ja sogar innerhalb der Gerichte selbst.⁶⁶⁷ Es wird deshalb zu

⁶⁶⁴ SCHNEIDER, Verfahren, 803, äussert Zweifel an der h.M. und verweist auf folgendes Beispiel: Der Kläger klagt auf Herausgabe einer wertvollen Maschine; der Beklagte bestreitet den Anspruch nicht, sondern beruft sich lediglich auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen geringer Verwahrungskosten. In diesem Fall könne der Streitwert nicht im ganzen Betrag der Maschine liegen, da nur die Verwahrungskosten umstritten seien. Dieser Ansicht ist m.E. nicht zuzustimmen. Vielmehr ist auch hier der Wert der Maschine für den Streitwert massgebend und das Verhalten des Beklagten ist ausschliesslich bei der Kostenfestsetzung zu berücksichtigen. Denn selbst bei einer sofortigen Anerkennung einer Forderung nach Klageeinreichung besteht der Streitwert in der eingeklagten Forderung. Die Kosten sind aber dem verminderten Aufwand anzupassen (ebenso SCHNEIDER/HERGET, Rz 2236).

⁶⁶⁵ SCHULLER, 66 f.; BK ZPO-STERCHI, Art. 91 N 19b.

⁶⁶⁶ Abzustellen ist bei einer Lohnklage jeweils auf den Bruttolohn, vgl. ZR 106 (2007) Nr. 6 E. 3.1.1 sowie im Allgemeinen STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, Ziff. 4.3.2. Dass im Übrigen auch das Ausstellen bzw. Ändern eines Arbeitszeugnisses eine vermögensrechtliche Streitigkeit darstellt, wird mittlerweile in konstanter Rechtsprechung – zumindest soweit es sich nicht um öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse handelt – bestätigt, vgl. etwa BGE 116 II 379 E. 2 m.w.H.

⁶⁶⁷ Die Spannweite reicht vom symbolischen Betrag von Fr. 50.-- (Kanton Bern) bis zu einem Monatslohn und mehr (z.B. Kanton Zürich, Aargau, Thurgau, Luzern), vgl. BGer 8C_151/2010 E. 2.4 sowie STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, Art. 330a N 6, mit einem Überblick über die vielfältige Praxis in verschiedenen Kantonen.

Recht immer wieder vorgebracht, es sei notwendig, den erstinstanzlichen Gerichten eine einfache und zuverlässige Methode zur Bemessung des Streitwerts an die Hand zu geben.⁶⁶⁸ Das Bundesgericht hat sich zwar dahingehend geäußert, dass Zeugnisprozesse vermögensrechtlicher Natur seien; konkrete Anhaltspunkte zur Bemessung des Streitwerts zu nennen bzw. anzugeben, welche Anzahl Monatslöhne als Streitwert heranzuziehen ist, hat es jedoch unterlassen und sich mit allgemeinen Hinweisen auf heranzuziehende Kriterien begnügt.⁶⁶⁹ So lehnt das Bundesgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung einen Schematismus basierend auf einer bestimmten Anzahl Monatslöhne ausdrücklich ab und verweist auf Kriterien wie Beruf, Qualifikation, Funktion, Dauer des Arbeitsverhältnisses, Lohnniveau sowie die Situation auf dem Arbeitsmarkt.⁶⁷⁰ Die aufgezählten Kriterien mögen zwar durchaus ihre Berechtigung haben, um den Wert eines Arbeitszeugnisses ausdrücken zu können. Allerdings sind sie kaum praktikabel und verunmöglichen den Parteien, den Streitwert mit den damit einhergehenden Folgen vorherzusehen. M.E. braucht es deshalb eine praktikablere Handhabe zur Bemessung des Streitwerts, weshalb ein Regelstreitwert zu definieren ist. Davon ausgehend können die vom Bundesgericht aufgestellten Kriterien ohne weiteres zur konkreten Festlegung der Höhe im Einzelfall herangezogen werden.

Im Streit um ein Arbeitszeugnis geht es unbestrittenermassen im Kern um das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers, da sich dieser aus nachvollziehbaren Gründen mit einem besseren Arbeitszeugnis eine erfolgreichere Stellensuche erhofft. Eine Qualifikation als nichtvermögensrechtliche Streitigkeit ist deshalb verfehlt.⁶⁷¹ Es geht dem Arbeitnehmer um den zukünftigen potenziellen Verdienst(-ausfall), welcher vom Arbeitszeugnis zumindest mitbeeinflusst werden kann. Das Heranziehen des Monatslohns als massgebendes Kriterium ist demnach durchaus sachgerecht und

⁶⁶⁸ Vgl. etwa die Urteilsanmerkungen in CAN 2012 Nr. 48 S. 141.

⁶⁶⁹ BGE 116 II 379 E. 2b; BGer 4A_385/2011 E. 1.2; 8C_151/2010 E. 2.4; 1C_195/2007 E. 3; 4C.60/2005 E. 1; 4C.337/2004 E. 6.

⁶⁷⁰ BGer 4A_45/2013 E. 4.3; 8C_151/2010 E. 2.5. Für weitere Hinweise auf die wenig konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung sei auf STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, Art. 330a N 6, verwiesen.

⁶⁷¹ So etwa SUBILIA, 520.

überdies die einzige praktikable Möglichkeit, dem Gericht und den Parteien als Anhaltspunkt dienen zu können. Wenn es um die genaue Anzahl von Monatslöhnen geht, welche zur Festlegung des Streitwerts herangezogen werden soll, ist zwar mit dem Bundesgericht festzuhalten, dass eine gewisse Flexibilität gewahrt werden muss.⁶⁷² Dies hindert jedoch nicht, eine bestimmte Anzahl von Monatslöhnen als Standardfall anzunehmen. Anhand eines solchen Regelstreitwerts können die Parteien den Streitwert ungefähr abschätzen, womit dem Grundsatz der Vorhersehbarkeit besser nachgekommen wird. Wohl mit der Mehrheit der kantonalen Gerichte rechtfertigt es sich hierbei, grundsätzlich von einem Monatslohn auszugehen.⁶⁷³ Damit liegt einerseits kein dem wirtschaftlichen Wert nicht gerecht werdender, bloss symbolischer Betrag von einigen wenigen Franken vor, auf der anderen Seite würde die Annahme von mehreren Monatslöhnen dem Arbeitszeugnis im Verhältnis zur möglichen Entschädigungszahlung von bis zu sechs Monatslöhnen bei einer ungerechtfertigten (fristlosen) Kündigung⁶⁷⁴ ein zu grosses Gewicht beimessen. Die Faustregel eines Bruttomonatslohns als Streitwert gilt dabei bei einer Klage auf Erteilung eines sog. Vollzeugnisses i.S.v. Art. 330a OR. Von diesem Betrag ausgehend kann in der Folge aufgrund der vom Bundesgericht genannten Kriterien (Beruf, Qualifikation, Funktion, Dauer des Arbeitsverhältnisses, Lohnniveau, Situation auf dem Arbeitsmarkt) sowie der vom Kläger beantragten Änderungswünsche (z.B. bloss geringfügige Änderung einer unbedeutenderen Passage, Ausstellung einer blossen Arbeitsbestätigung) eine flexible Anpassung erfolgen, die eine Erhöhung oder Reduktion des Betrags nach sich zieht. Aufgrund des Angreiferinteresseprinzips ist dabei den klägerischen Ausführungen entscheidendes Gewicht beizumessen, sofern sich die Parteien über die Streitwerthöhe nicht einig sind.⁶⁷⁵ Erachtet der Kläger folglich einen höheren

⁶⁷² BGer 8C_151/2010 E. 2.8.

⁶⁷³ So etwa die genannte Praxis in den aufgezählten Kantonen. Vgl. auch insb. BGer 4P.208/2001 E. 3b sowie Entscheid des OGer LU vom 14. Dezember 2011, 1C 11 32, E. 5.2, publ. in CAN 2012 Nr. 48 S. 141 ff. mit weiteren Hinweisen auf die Problematik und diverse Literaturangaben sowie auf die dadurch festgelegte Praxis des Kantons Luzern.

⁶⁷⁴ Art. 336a Abs. 2 OR bei missbräuchlicher Kündigung sowie Art. 337c Abs. 3 OR bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung.

⁶⁷⁵ Vgl. die Schlussfolgerungen vorne Rz 137 ff.

(bzw. tieferen) Streitwert als einen Monatslohn als angemessen, hat er entsprechende Gründe substantiiert vorzubringen;⁶⁷⁶ dem Beklagten steht das Recht zur Bestreitung offen. Weicht das Gericht von der angenommenen Faustregel in Ausübung seines Ermessens ab, erfordert dies eine Begründung mit Hinweis auf die genannten Kriterien, um dem Anspruch auf rechtliches Gehör nachzukommen.

III. Wiederkehrende Leistungen

1. Grundsatz der Kapitalisierung

Handelt es sich bei einer Leistungsklage nicht um einen einmalig geschuldeten Betrag, sondern um periodische Leistungen und Nutzungen (wie z.B. Renten, Alimente, Unterhaltszahlungen, Nutzniessungen etc., aber auch Löhne, Mieten usw.), so gilt gemäss Art. 92 Abs. 1 ZPO der jeweilige Kapitalwert der geforderten Leistung als Streitwert. Dies gilt aber nur, wenn sich der Streit auf die Leistungspflicht überhaupt (sog. Stammrecht) und nicht bloss auf eine einzelne Leistung bezieht, wenn also die gesamte noch verbleibende Restdauer strittig ist.⁶⁷⁷ Keine wiederkehrenden Leistungen im Sinne dieser Bestimmung stellen Ratenzahlungen einer im Voraus feststehenden Gesamtsumme, Leistungen aus Sukzessivlieferungsverträgen oder der Preis mehrerer Teillieferungen dar.⁶⁷⁸ Art. 92 ZPO unterscheidet demnach zwischen drei Kategorien: Wiederkehrende Nutzungen und Leistungen auf bestimmte und beschränkte Zeit (Abs. 1), wiederkehrende Nutzungen und Leistungen ungewisser oder unbeschränkter Dauer (Abs. 2 1. Teil) und schliesslich Leibrenten (Abs. 2 2. Teil).

240

⁶⁷⁶ Ausdrücklich BGE 116 II 379 E. 2b mit Hinweisen auf die Substantiierungspflicht des Klägers.

⁶⁷⁷ HESS, 91; RICKLI, Rz 323; BIRCHMEIER, 46; BSK BGG-RUDIN, Art. 51 N 59; BK ZPO-STERCHI, Art. 92 N 2; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 92 N 5; KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 92 N 3; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 7 N 72.

⁶⁷⁸ ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 92 N 4 m.w.H.; KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 92 N 2; SHK ZPO-SCHLEIFFER MARAIS, Art. 92 N 2; BÜRGI/SCHLÄPFER/HOTZ/PAROLARI, § 38 N 1.

- 241 Ist die Dauer einer wiederkehrenden Nutzung oder Leistung bestimmt und beschränkt, sieht das Gesetz deren Kapitalisierung⁶⁷⁹ vor. Der Kapitalwert entspricht dabei der Summe, die bezahlt werden müsste, um eine entsprechende jährliche Rente während der bestimmten Dauer zu erwerben.⁶⁸⁰ Es ist folglich unzulässig, lediglich eine Addition der einzelnen, in ihrer Dauer bekannten Teilleistungen vorzunehmen.⁶⁸¹ Die Praxis ermittelt den Kapitalwert aufgrund der Barwerttafeln von STAUFFER/SCHAETZLE.⁶⁸² Als Kapitalisierungszinssatz hielt das Bundesgericht – zumindest für das Haftpflichtrecht wiederholt – an einem Satz von 3,5 % fest.⁶⁸³ Die Kapitalisierung einzelner Leistungen setzt deren Regelmässigkeit in Bezug auf Höhe sowie Zeitintervalle voraus. Ist die Höhe der Leistungen unterschiedlich oder sind die Zeitabstände unregelmässig, ist zunächst der jährliche Durchschnitt zu ermitteln. Ist eine Durchschnittsberechnung nicht möglich, hat die Streitwertberechnung nach freiem richterlichem Ermessen anhand der Hinweise in den Parteiangaben zu erfolgen oder es ist auf Annäherungswerte abzustellen; eine Kapitalisierung nach Massgabe von Art. 92 Abs. 2 ZPO ist hingegen nicht angezeigt.⁶⁸⁴
- 242 Steht nicht fest, wie lange die wiederkehrende Nutzung oder Leistung zu erfolgen hat, oder wird eine solche auf unbeschränkte Zeit gefordert, gilt als fiktiver Kapitalwert der zwanzigfache Betrag der einjährigen Nutzung oder Leistung und bei Leibrenten der Barwert (Art. 92 Abs. 2 ZPO). Mit dieser Regelung wurde die bereits in Art. 51 Abs. 4

⁶⁷⁹ Der Kapitalwert entspricht dem Gesamtbetrag, der bereitgestellt werden muss, um die periodischen Leistungen für die ganze Laufzeit zu finanzieren, DONZALLAZ, Rz 1458; SCHUMACHER, 58.

⁶⁸⁰ BGE 39 II 404 E. 2. Vgl. auch RICKLI, Rz 324.

⁶⁸¹ So bereits BGE 39 II 404 E. 2. Ebenso GOEPFERT, Streitwertberechnung, 78; Bühler/Edelmann/Killer-BÜHLER, § 20 N 1; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 92 N 9; KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 92 N 4; DONZALLAZ, Rz 1363.

⁶⁸² Vgl. RICKLI, Rz 324; BSK ZPO-RÜEGG, Art. 92 N 2; SHK ZPO-SCHLEIFFER MARAIS, Art. 92 N 5.

⁶⁸³ Vgl. BGE 125 III 312 E. 7 mit ausführlicher Begründung. Ebenfalls BGer 4C.349/2006 E. 4 und BK ZPO-STERCHI, Art. 92 N 9; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 138 N 4e. Zur Kapitalisierung und dem anzuwendenden, teilweise als zu hoch empfundenen Kapitalisierungszinssatz vgl. STAUFFER/SCHAETZLE, Rz 2.857 ff., insb. Rz 2.862 mit Verweis auf Rz 5.121 ff.

⁶⁸⁴ HESS, 93; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 92 N 10, der eine entsprechende Vorgehensweise bei mietrechtlichen Mangelbehebungsverfahren für angezeigt hält.

BGG bestehende Vorschrift übernommen. Die Annahme des zwanzigfachen Betrags der einjährigen Leistung dient jedoch nur als Notbehelf für diejenigen Fälle, in welchen die Dauer auch nicht annähernd festgestellt werden kann; insb. dient dieser Betrag als Maximalbetrag bei einer Leistung auf unbeschränkte Zeitdauer.⁶⁸⁵ Anwendungsfälle von Art. 92 Abs. 2 ZPO sind Begehren um Festsetzung oder Herabsetzung von Ehegattenunterhaltsbeiträgen, Anfechtung von Mietzinserhöhungen eines auf unbestimmte Dauer geschlossenen Mietverhältnisses oder die Ermittlung des Streitwerts einer erbrechtlichen Nutzniessung.⁶⁸⁶

Bei Leibrenten gilt als Streitwert der jeweilige Barwert, unabhängig davon, ob die Leistungspflicht lebenslänglich oder nur während einer bestimmten Dauer besteht.⁶⁸⁷ Leibrenten sind temporäre, aufgeschobene Renten oder sog. Verbindungsrenten.⁶⁸⁸ Der Barwert lässt sich anhand der Barwerttafeln von STAUFFER/SCHAETZLE ermitteln.⁶⁸⁹ Der im Familienrecht bedeutsame Barwert eines lebenslänglichen Unterhaltsbeitrags entspricht einer lebenslänglichen Verbindungsrente auf das Leben der erstversterbenden Person.⁶⁹⁰

2. *Mietrechtliche Klagen im Besonderen*

Mietrechtliche Streitigkeiten fallen oft unter Art. 92 ZPO, indem zur Berechnung des Streitwerts die Mietzinse kapitalisiert werden müssen.⁶⁹¹ Dabei ergeben sich verschiedene praxisrelevante Fragen. So entspricht etwa der Streitwert beim Streit um den Bestand eines Mietverhältnisses dem auf die umstrittene Vertragsdauer entfallenden kapitalisierten Zins.⁶⁹² Wird hingegen die Gültigkeit einer Kündigung eines unbefris-

⁶⁸⁵ HESS, 92.

⁶⁸⁶ Vgl. BGER 5A_637/2010 E. 1.2. ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 92 N 12, mit weiteren Beispielen und Hinweisen auf entsprechende Entscheidungen des Bundesgerichts.

⁶⁸⁷ Statt vieler ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 92 N 13.

⁶⁸⁸ BK ZPO-STERCHI, Art. 92 N 8.

⁶⁸⁹ SHK ZPO-SCHLEIFFER MARAIS, Art. 92 N 8. Vgl. auch RICKLI, Rz 331 f.

⁶⁹⁰ BGE 85 II 365 E. b und c.

⁶⁹¹ Sämtliche Ausführungen gelten selbstverständlich auch für die Pacht.

⁶⁹² BGE 98 II 104 E. 1b; 88 II 57 E. 1.

teten Mietverhältnisses bestritten bzw. angefochten, berechnet sich der Streitwert nach dem kapitalisierten Bruttomietzins (inkl. Nebenkosten) von dem jeweiligen Zeitpunkt, auf welchen der Mieter gemäss Vermieter das Mietobjekt verlassen müsste, bis zu dem Zeitpunkt, auf den der Vermieter im Falle der Ungültigkeit der Kündigung das Mietverhältnis ordentlicherweise unter Berücksichtigung der Sperrfrist von drei Jahren gemäss Art. 271a Abs. 1 lit. e OR auflösen könnte (sog. Sperrfristregel).⁶⁹³ Denn hierbei handelt es sich nicht direkt um den Fall eines Rechtsverhältnisses von unbestimmter Dauer. Analog zu verfahren ist bei einem Erstreckungs- und Ausweisungsbegehren.⁶⁹⁴ Löst ein Verfahren keinen Kündigungsschutz aus, wie bspw. die Anfechtung einer Kündigung, welche an einem formellen Mangel leitet, ist der Zeitraum ab Kündigungszeitpunkt bis zum frühestmöglichen ordentlichen Kündigungstermin massgebend.⁶⁹⁵ Wird eine Mietzinsanpassung verlangt, besteht der Streitwert bei befristeten Mietverträgen in der strittigen Differenz für die verbleibende Mietdauer, bei unbefristeten Mietverträgen im Zwanzigfachen der strittigen jährlichen Erhö-

⁶⁹³ BGE 137 III 389 E. 1.1; 136 III 196 E. 1.1; 119 II 147 E. 1; 111 II 384 E. 1; BGer 4A_423/2013 E. 1; 4A_78/2013 E. 1; Pra 98 (2009) Nr. 21, S. 124. Ebenso BSK BGG-RUDIN, Art. 52 N 61 m.w.H.; BK ZPO-STERCHI, Art. 92 N 5b, mit dem Hinweis auf Art. 271a Abs. 1 lit. e OR, welcher die Frist für den Kündigungsschutz auf den Zeitraum von drei Jahren, beginnend mit dem Datum des letzten kantonalen Entscheids, festlegt. Zur Zulässigkeit vgl. auch hinten Rz 702.

⁶⁹⁴ BGE 109 II 351 E. 1 bzgl. der Mieterstreckung. Bei einer beantragten Ausweisung entspricht der Streitwert dem mutmasslichen Schaden des Vermieters, der ihm durch den verzögerten Auszug des Mieters entsteht bzw. den Mietzinsen, die ab Mietvertragsende bis zum mutmasslichen Ausweisungsvollzug anfallen, vgl. BGer 4A_449/2014 E. 2.1; 5A_295/2010 E. 1.2; 4C.418/2005 E. 2.2 m.w.H.; ZR 113 (2014) Nr. 31 E. 5; ZR 103 (2004) Nr. 61 E. 1a i.V.m. E. 3.2c; Einzelrichter des HGer ZH vom 9. April 2014, HE140067, E. 4; OGer LU vom 17. August 2011, 1C 11 21, E. 4.1, publ. in CAN 2012 Nr. 46 S. 138 ff. Dies muss m.E. auch dann gelten, wenn im Ausweisungsverfahren umstritten ist, ob überhaupt ein Mietverhältnis besteht, offen gelassen in BGer 4A_449/2014 E. 2.1.

⁶⁹⁵ BGer 4A_432/2008 E. 2.2, publ. in mp 2010, S. 52.

hung.⁶⁹⁶ Dies hat zur Folge, dass bereits ab einer monatlichen Mietdifferenz von Fr. 62.50⁶⁹⁷ der Weg ans Bundesgericht eröffnet ist. Die bestehende Praxis ist daher nicht unproblematisch und wird zu Recht von der Lehre kritisiert, zumal regelmässig kurzfristigere Kündigungsmöglichkeiten bestehen.⁶⁹⁸

Entgegen dem klaren Wortlaut von Art. 92 Abs. 1 ZPO und Art. 51 Abs. 4 BGG sieht die bestehende bundesgerichtliche Praxis in mietrechtlichen Verfahren lediglich eine Addition der Mietzinse und keine Kapitalisierung während der strittigen Mietdauer vor.⁶⁹⁹ Damit werde dem Bedürfnis nach einer klaren und praktikablen Lösung entsprochen, was der Rechtssicherheit diene.⁷⁰⁰ M.E. widerspricht diese Praxis der *expressis verbis* in Art. 92 ZPO vorgeschriebenen gesetzlichen Kapitalisierungsvorschrift.⁷⁰¹ Es ist denn auch nicht einzusehen, weshalb lediglich im Mietrecht – beim klassischen Fall einer wiederkehrenden Leistung – von einer Kapitalisierung abgesehen werden soll, um eine Vereinfachung der Streitwertberechnung zu erreichen. Eine Änderung dieser Praxis wäre daher zwar wünschenswert, jedoch deutlich weniger praktikabel und folglich kaum realistisch. 245

⁶⁹⁶ Ausdrücklich Botschaft ZPO, 7291. Ebenfalls BGE 121 III 397 E. 1; 118 II 422 E. 1; ähnlich BGE 101 II 333 E. 1; BGer 4A_576/2008 E. 1.1; 4C.176/2003 E. 1. Da diese Regelung zu exorbitanten Streitwerten führe, erwog das Obergericht Aargau in konstanter Praxis zur kantonalen ZPO, es rechtfertige sich, zur Berechnung des Streitwerts nur auf den vierfachen Betrag des streitigen Jahresbetrreffnisses abzustellen, vgl. die publizierte Rechtsprechung in AGVE 1995 Nr. 20 S. 70.

⁶⁹⁷ 20 x 12 x Fr. 62.50 = Fr. 15'000.-- (nicht kapitalisiert).

⁶⁹⁸ Vgl. insb. BSK BGG-RUDIN, Art. 52 N 61 m.w.H.; RICKLI, Rz 328.

⁶⁹⁹ Vgl. neben der bereits genannten Rechtsprechung insb. BGE 119 II 147 E. 1; 113 II 406 E. 1, 109 II 351; BGer 4A_1/2014 E. 1; 4A_280/2008 E. 1.

⁷⁰⁰ Geiser/Münch/Uhlmann/Gelzer-MÜNCH/LUCZAK, Rz 2.17 6. Lemma, insb. Fn. 85; ZK ZPO-STEINWIGGER, Art. 92 N 12 i.f. m.w.H.

⁷⁰¹ GLM. BSK ZPO-RÜEGG, Art. 92 N 2. Bereits zum aOG 1943 POUDRET/SANDOZ-MONOD, Art. 36 N 8.4 mit entsprechender Kritik an dieser Praxis des Bundesgerichts.

3. *Übermässiger Gebührenstreitwert infolge Kapitalisierung*

246

Die gesetzlich vorgesehene Regelung der Kapitalisierung – insb. bei wiederkehrenden Nutzungen und Leistungen von unbestimmter Dauer i.S.v. Art. 92 Abs. 2 ZPO – wird regelmässig zu sehr hohen Streitwerten führen und würde entsprechend hohe Prozesskosten nach sich ziehen. Solch hohe Prozesskosten decken sich häufig nicht mit den tatsächlichen Wertvorstellungen der Parteien und entsprechen auch nicht dem Sozialgedanken des Mietrechts. Trotzdem rechtfertigt es sich *de lege lata* gerade im Hinblick auf die erarbeiteten Grundsätze der Vorhersehbarkeit der Prozesskosten sowie der starken Gewichtung des Äquivalenzprinzips nicht, von der klaren gesetzlichen Vorschrift abzuweichen, lediglich um die Prozesskosten tief zu halten.⁷⁰² Zwar hält die Botschaft zur ZPO fest, dass der kapitalisierte Streitwert für die Festlegung der Prozesskosten nicht gelte.⁷⁰³ Sie verweist dazu jedoch bloss auf die grundlegende Feststellung, wonach gerade auf dem Gebiet des sozialen Zivilprozessrechts ein starres Festhalten an der streitwertbasierenden Kostenfestsetzung zu ungerechten Resultaten führen könne und die bundesgerichtliche Rechtsprechung weiterhin zu beachten sei.⁷⁰⁴ Damit wird verkannt, dass nicht auf der Ebene des Streitwerts eine Anpassung zu erfolgen hat, sondern erst bei der konkreten Bemessung der Prozesskosten, indem die streitwertbasierende Grundentschädigung zu reduzieren ist.⁷⁰⁵ Gerade im Bereich des sozialen Zivilprozessrechts rechtfertigt es sich m.E. ohne weiteres, den Grundsatz der Gerichtsgebühr sowie der Parteientschädigung mit Verweis auf den hohen

⁷⁰² Zulässig und sinnvoll ist indessen die restriktive Anwendung der 20 Jahresbeträgnisse. Beträgt die Dauer mutmasslich weniger als 20 Jahre, kann auf die geschätzte, kürzere Dauer abgestellt werden und die wiederkehrende Leistung ist gemäss Art. 92 Abs. 1 ZPO zu kapitalisieren, vgl. RICKLI, Rz 329, insb. Fn. 849 m.w.H.

⁷⁰³ Botschaft ZPO, 7291.

⁷⁰⁴ Botschaft ZPO, 7290 mit Verweis auf mp 2002, S. 230 ff., in welcher auf einen Tessiner Entscheid hingewiesen wird, wonach sich bloss eine Kapitalisierung für drei Jahre rechtfertige.

⁷⁰⁵ Im bereits zitierten Tessiner Entscheid (mp 2002, S. 230 ff.) wird denn auch auf die Gebührenordnungen anderer Kantone hingewiesen, welche ausdrücklich eine zusätzliche Reduktionsmöglichkeit der Prozesskosten für den Fall wiederkehrender Leistungen vorsehen. Solche Regelungen sind m.E. zu begrüessen und verdienen besondere Beachtung. Vgl. ausführlich zum Ganzen vorne Rz 36 f. sowie vorne Rz 139 ff.

Streitwert, den geringen Aufwand und den sozialen Charakter angemessen zu reduzieren.⁷⁰⁶ Denn streitwertabhängige Prozesskosten dürfen im Mietrecht nicht zu einer Vereitelung der Durchsetzung des materiellen Rechts führen. Andererseits gilt es die aufgrund des Streitwerts eröffnete Rechtsmittelmöglichkeit aufrecht zu erhalten.

IV. **Klage auf Unterlassung oder Duldung**

Die präventiv wirkende Unterlassungsklage ist als Spezialfall einer Leistungsklage zu qualifizieren.⁷⁰⁷ Ihr Streitwert bestimmt sich nach dem Wert der geforderten Unterlassung.⁷⁰⁸ Jeweils gleich zu handhaben sind Begehren auf Duldung einer bestimmten Tätigkeit oder Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands.⁷⁰⁹ Analog zum Unterlassungsbegehren muss das, was es zu dulden oder beseitigen gilt, quantifiziert werden. Nicht abzustellen ist auf den Wert der für die Duldung oder Unterlassung erforderlichen Aufwendungen.⁷¹⁰ Entscheidend ist vielmehr der Vorteil, der aus dem Verbot für den Kläger resultiert; das Interesse des Beklagten ist nicht von Bedeutung. Da objektive Anhaltspunkte häufig fehlen, ist den Parteien ein grosser Freiraum zuzugestehen und das Gericht hat sich hauptsächlich an den Parteiangaben zu orientieren. Das Hauptgewicht soll auf die Streitwertangabe des Klägers gelegt werden.⁷¹¹ 247

⁷⁰⁶ Vgl. zur Problematik der zu hohen Kostenfolge vorne Rz 141 f.; BK ZPO-STERCHI, Vorbem. zu Art. 91–94 N 2. Hier zeigt sich insb. die Auswirkung, dass in der Schweiz keine selbständigen Streitwertberechnungsvorschriften für den Gebührenstreitwert existieren. In Deutschland stellt § 41 GKG für den Gebührenstreitwert ausdrücklich eine abweichende Berechnungsvorschrift für die Gebühren auf, indem der maximale Streitwert auf den einjährigen Jahresmietzins begrenzt wird, vgl. MEYER, § 41 N 1 ff. Im Gegensatz dazu gilt für die anderen Streitwertarten gemäss § 8 DZPO maximal der 25-fache Betrag des einjährigen Entgelts, Stein/Jonas-ROTH, § 8 N 18.

⁷⁰⁷ Statt vieler SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Kap. 6 Rz 1.

⁷⁰⁸ SCHAI, Streitwert, 131; ZÜRCHER, Streitwert, 496 m.w.H.; BÜRGI/SCHLÄPFER/HOTZ/PAROLARI, § 40 N 7.

⁷⁰⁹ Vgl. RICKLI, Rz 252.

⁷¹⁰ GULDENER, ZPR, 110.

⁷¹¹ Vgl. insb. vorne Rz 182 f. Ebenfalls ZÜRCHER, Streitwert, 496.

- 248 Eine Unterlassung durch einen quantifizierten Wert exakt auszudrücken, ist naturgemäss nicht möglich. Um den Wert überhaupt annähernd schätzen zu können, ist eine Orientierung an Anhaltspunkten nötig. Besonderes Gewicht ist dabei auf die zusätzlich zum Unterlassungsbegehren gestellten Rechtsbegehren zu legen. Konkret hat sich die Schätzung anhand von Schadenersatzbegehren oder im Rahmen vorsorglicher Massnahmen anhand von Sicherstellungsbegehren zu orientieren.⁷¹² Denn häufig indizieren diese Begehren, welche Bedeutung der Kläger einem Anspruch tatsächlich beimisst. Weniger präzise, jedoch in der Praxis häufiger, sind Kriterien wie die wirtschaftliche Bedeutung, Umsätze und Gewinne, Intensität der Verletzungshandlung, Zeitdauer, Mächtigkeit der Parteien etc.⁷¹³ Letztlich gilt es, anhand der zur Verfügung stehenden Zahlen eine einigermaßen plausible Schätzung abgeben zu können.
- 249 Von entscheidender Bedeutung bei der Beurteilung eines Unterlassungsbegehrens ist der Umstand, dass ein Unterlassungsbegehren in die Zukunft wirkt.⁷¹⁴ Daraus folgt, dass dieses in Bezug auf den Streitwert von grösserer Bedeutung sein muss als ein allfälliger Schadenersatzanspruch, der aus einer bestimmten, einzelnen Verletzungshandlung resultiert. Regelmässig wird daher der Streitwert des Unterlassungsanspruchs ein Vielfaches des Schadenersatzbegehrens darstellen, wobei dem Gericht ein grosses Ermessen verbleibt.⁷¹⁵ Unterlassungsbegehren weisen häufig einen hohen Streitwert auf, was sich aufgrund der Wichtigkeit und dauernden Wirkung rechtfertigt. Resultieren aus einem sehr hohen Streitwert übermässige Kosten, sind diese

⁷¹² Vgl. dazu hinten Rz 344 ff.

⁷¹³ ZÜRCHER, Streitwert, 496, hauptsächlich in Bezug auf das Immaterialgüterrecht. Diese Kriterien können indessen ohne weiteres auch verallgemeinert werden. Zum Streitwert in immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten im Besonderen vgl. hinten Rz 269 ff.

⁷¹⁴ Vgl. ZÜRCHER, Streitwert, 497.

⁷¹⁵ Z.B. ein Schadenersatzbegehren wegen unlauterer Werbung wird mit einem auf die Zukunft gerichteten Unterlassungsbegehren kombiniert. Der Streitwert des letzteren muss sich in einem Vielfachen des beantragten Schadenersatzes ausdrücken. GL.M. SCHNEIDER/HERGET, Rz 2392.

nicht durch eine Reduktion des Streitwerts zu korrigieren, sondern durch eine Reduktion der Kostenfolge gemäss Gebühren- und Anwaltstarif.⁷¹⁶

B. Feststellungsklage

Mit der Feststellungsklage verlangt der Kläger die gerichtliche Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechts (Art. 88 ZPO). Der Streitwert einer Feststellungsklage beurteilt sich nach dem Recht oder Rechtsverhältnis, dessen Bestand, bzw. Nichtbestand bei einer negativen Feststellungsklage, festgestellt werden soll.⁷¹⁷ Ist der Wert des Rechtsverhältnisses für beide Parteien nicht derselbe, ist stets zu fragen, welcher Wert die Feststellung für den Kläger hat, denn sein Interesse an der Feststellung stellt das quantifizierte Streitobjekt dar (Angreiferinteresseprinzip).⁷¹⁸ Bei einer negativen Feststellungsklage gilt analog dazu derjenige Wert als Streitwert, welcher die Befreiung von der angeblichen Verpflichtung für den Kläger hat.⁷¹⁹ Ist der hinter einer Feststellungsklage stehende Betrag nicht ohne weiteres ersichtlich, hat der Kläger Angaben zur wirtschaftlichen Bedeutung der beantragten Feststellung vorzunehmen.⁷²⁰ An diese hat sich das Gericht weitgehend zu halten, sofern die Bewertung nicht offensichtlich falsch erscheint. Anders zu handhaben ist ein Feststellungsbegehren, welches keine selbständige Funktion hat, sondern dem lediglich die Bedeutung eines Motivs zukommt.⁷²¹ In einem solchen Fall muss neben dem Feststellungsantrag

⁷¹⁶ Vgl. dazu vorne Rz 141 f.

⁷¹⁷ RICKLI, Rz 248; BK ZPO-STERCHI, Art. 91 N 5; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 16; GULDENER, ZPR, 110. Vgl. bereits das Beispiel vorne Rz 144.

⁷¹⁸ Ähnlich, ebenfalls auf die Bewertung des Streitobjekts von Feststellungsklagen durch den Kläger abstellend, OBERHAMMER, 181.

⁷¹⁹ GULDENER, ZPR, 110 Fn. 16.

⁷²⁰ Ebenfalls OBERHAMMER, 181, der im Ermessen des Klägers ein «Stück privatautonome Gestaltungsfreiheit im Zivilprozess» sieht. Vgl. dazu auch § 56 Abs. 2 JN, welcher ausdrücklich vorsieht, dass das Gericht an die klägerische Bewertung grundsätzlich gebunden ist.

⁷²¹ Vgl. BGE 97 II 108 E. 1; BK ZPO-STERCHI, Art. 91 N 5. Zu denken ist bspw. an ein Rechtsbegehren, welches die Feststellung verlangt, es sei «darüber hinaus nichts geschuldet».

über ein weiteres Rechtsbegehren entschieden werden, weshalb der Feststellung kein eigener Streitwert beizumessen ist.⁷²²

251 Bei einer Feststellungsklage auf dieselbe Streitwerthöhe abzustellen wie bei einer entsprechenden Leistungsklage liegt indes nicht ohne weiteres auf der Hand. So wäre es nicht abwegig, den Streitwert geringer anzusetzen als bei einer Leistungsklage. Denn für die Annahme eines geringeren Werts spricht, dass das die Klage gutheissende Feststellungsurteil nicht die gleiche Bedeutung hat wie ein Leistungsurteil, welches direkt vollstreckbar ist.⁷²³ Das Feststellungsurteil präjudiziert allerdings alle sich daraus ergebenden Einzelansprüche; insofern wäre es nicht nachvollziehbar, wenn dem Feststellungsbegehren ein geringerer Streitwert beigemessen würde als eine aus dem Rechtsverhältnis entspringende Forderung, zumal bei der negativen Feststellungsklage das Nichtbestehen einer Forderung endgültig festgestellt wird.⁷²⁴

C. Gestaltungsklage

I. Grundsatz

252 Bei Gestaltungsklagen handelt es sich ausschliesslich um nicht auf Geld lautende Rechtsbegehren i.S.v. Art. 91 Abs. 2 ZPO, welche auf die Begründung, Änderung oder Aufhebung eines bestimmten Rechts oder Rechtsverhältnisses zielen (Art. 87 ZPO).

⁷²² Dies gilt insb. im Bereich des Immaterialgüterrechts, vgl. Korrigendum zu MEYER, nach 564. Als Beispiel ist an ein widerklageweise beantragtes Feststellungsbegehren des Beklagten zu denken, wonach die Nichtverletzung des Markenrechts festgestellt werden soll und gleichzeitig die Löschung der klägerischen Marke beantragt wird. Dem Feststellungsbegehren kommt hierbei keine eigenständige Bedeutung zu.

⁷²³ So etwa zum deutschen Recht HILLACH/ROHS, 28 f.; SCHNEIDER/HERGET, Rz 2020 ff., sowie Stein/Jonas-ROTH, § 2 N 27, welche einen Abschlag von etwa 20 % von dem für eine entsprechende Leistungsklage in Betracht kommenden Streitwert vornehmen wollen, da mit dem Feststellungsurteil keine so weittragenden Wirkungen erlangt würden. Diese Ansicht ist für das Schweizer Recht abzulehnen; vielmehr wäre dem Umstand m.E. auf der Ebene der Kostenfolge Rechnung zu tragen.

⁷²⁴ Vgl. GULDENER, ZPR, 110 Fn. 16 a.E. So auch im deutschen Recht, SCHNEIDER/HERGET, Rz 2032 ff., insb. Rz 2034 m.H. auf die konstante Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

Der Streitwert richtet sich entweder nach dem Wert des Vermögensvorteils, welcher dem Kläger bei Gutheissung der Klage zufällt, oder nach dem Wert des Rechts, welches durch die Rechtsgestaltung unmittelbar betroffen ist.⁷²⁵ Als Beispiel für Ersteres sei die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung genannt: Massgebend ist lediglich derjenige Wert, welcher dem Kläger im Falle der Ungültigkeit einer Verfügung (wirtschaftlich) zukäme, und nicht der Betrag in der genannten Verfügung.⁷²⁶ Damit wird dem wirtschaftlichen Interesse an der Klage stärker Rechnung getragen. Die Streitwertfestlegung bei Gestaltungsklagen lässt sich am besten anhand gesellschaftsrechtlicher, erbrechtlicher sowie sachenrechtlicher Klagen aufzeigen.

II. Gesellschaftsrechtliche Klagen

1. Massgebendes wirtschaftliches Interesse

Aufgrund der schwierigen Bezifferbarkeit und der wenigen vorhandenen Informationen bzw. Anknüpfungspunkte ist bei gesellschaftsrechtlichen Gestaltungs-253klagen je nach vorhandenen Informationen und Rechtsbegehren anders vorzugehen: Hauptsächlich ist auf belegbare Zahlen abzustellen, die den wirtschaftlichen Wert einer Klage für die Gesellschaft auszudrücken vermögen.⁷²⁷ Wenn solche fehlen, ist der subjektiven Bezifferung der Parteien, insb. derjenigen des Klägers, entscheidendes Gewicht beizumessen. Nur bei Fehlen jeglicher anderer Anhaltspunkte sollen in Bezug auf die konkrete Streitigkeit weniger naheliegende Zahlen wie bei der Aktiengesellschaft das Aktienkapital, Nominalwerte der Aktien oder der Börsenkurs bei kotierten Unternehmen hinzugezogen werden. Umso wichtiger ist vorab eine korrekte Definition des Streitobjekts, damit die Streitwertberechnung an das richtige Sachverhaltselement angeknüpft wird.

⁷²⁵ BK ZPO-STERCHI, Art. 91 N 4; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 16; GULDENER, ZPR, 111 m.w.H.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Kap. 6 Rz 59; Stein/Jonas-ROTH, § 2 N 34.

⁷²⁶ BGE 78 II 286; 40 II 192 E. 1. Vgl. auch hinten Rz 263.

⁷²⁷ Vgl. KUNZ, Aktienrecht, 86 ff.

Zu beurteilen ist zunächst die Frage, ob das Interesse der Gesellschaft oder nur das Einzelinteresse des Klägers im Vordergrund steht.⁷²⁸ Je nachdem ist der Ausgangspunkt für die Streitwertbemessung ein anderer. Entgegen dem Angreiferinteresseprinzip betrifft eine Klage im Aktienrecht jeweils das Gesamtinteresse der beklagten Gesellschaft, obwohl das Streitobjekt regelmässig vom Kläger bestimmt wird.⁷²⁹ Dem Vorschlag von KUNZ, wonach eine Orientierung an den klägerischen Interessen zu erfolgen habe, ist deshalb nicht bedingungslos zu folgen.⁷³⁰ Denn ein Anpassen der Streitwertberechnung rechtfertigt sich nicht mit der Begründung, ein «gerechteres» Resultat bei den Kostenfolgen zu ermöglichen. Vielmehr obliegt es den Kantonen, in den Tarifverordnungen eine Reduktion auf ein adäquates Mass zu erlauben. Ausserdem sind die Gerichte aufgefordert, mittels Anwendung des Äquivalenzprinzips eine einzelfallgerechte Kostenfolge zu ermöglichen.⁷³¹ Das Abstellen auf das wirtschaftliche

⁷²⁸ Vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 22 N 4.

⁷²⁹ ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 26; Brunner/Gasser/Schwander-DIGGELMANN, Art. 91 N 53; RIEMER, Rz 237; GULDENER, ZPR, 111; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 22 N 4; SCHULLER, 88, 93; SCHNEIDER/HERGET, Rz 208; VOCK, Aktionärsrechte, 68 und 112 f. m.w.H. zu Ausnahmefällen, wo sich ein Abstellen auf die Aktien des Klägers rechtfertigt.

⁷³⁰ KUNZ, Aktienrecht, 87, mit Verweis auf KUNZ, Verantwortlichkeitsklage, 123. KUNZ votiert für die Bezifferung des Streitwerts nach dem vom Kläger selbst erlittenen Schaden, da der klagende Aktionär einen Anspruch «aus eigenem Recht» geltend mache, wenn auch auf Leistung an die Gesellschaft. Die Problematik relativiert sich m.E. aber dahingehend, dass es sich bei einer Verantwortlichkeitsklage (auch beim mittelbaren Schaden bzw. Klage vor Konkurseröffnung) um eine Leistungsklage handelt und das Rechtsbegehren auf einen bezifferten Betrag lautet. In der Folge spielt es keine Rolle, ob der Kläger Leistung an sich oder die Gesellschaft verlangt. Die Ausführungen von KUNZ gründen denn auch hauptsächlich im Umstand, dass das Kostenrisiko für den Kläger extrem hoch sei, beziehen sich allerdings insb. auf Ausführungen vor Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO. In Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO wird indessen ein Abweichen von der gesetzlich vorgesehenen Kostenverteilung ermöglicht. Weshalb eine Praxisänderung bei der Streitwertberechnung durchzuführen sei, zeigt KUNZ nicht auf (vgl. KUNZ, Verantwortlichkeitsklage, 124 ff. und insb. 127). Eine Anpassung auf der Ebene des Streitwerts ist m.E. somit nicht angezeigt.

⁷³¹ So die Schlussfolgerungen aus der historischen und systemvergleichenden Betrachtung, vorne Rz 137 ff., insb. Rz 141 f. Überdies ist auf die Möglichkeit einer Verteilung der Kosten nach Ermessen des Richters in Art. 107 Abs. 1 lit. b und lit. f ZPO hinzuweisen, vgl. BSK OR-TRUFFER/DUBS, Art. 706a N 1; BGer 4A_331/2008 E. 5; Einzelrichter des HGer ZH vom 23. Mai 2013, HE1200526, E. 6, publ. in ZR 112 (2013) Nr. 64 E. 6.

Interesse der Gesellschaft ist ohne weiteres dadurch zu begründen, dass in gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten regelmässig über ein grösseres Streitobjekt entschieden wird, als im klägerischen Interesse zum Ausdruck kommt.⁷³² In ständiger Rechtsprechung betont dahingehend auch das Bundesgericht, dass bei Anfechtungsklagen von Statutenbestimmungen das Gesamtinteresse der Gesellschaft an der Aufrechterhaltung der Bestimmung massgebend sei.⁷³³ Dies ist folgerichtig, denn das Urteil hat normalerweise eine weitergehende Wirkung, d.h., bei einer Ungültigkeitsklage wirkt die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses *in toto*, gegenüber der Aktiengesellschaft und sämtlichen Aktionären.⁷³⁴ Entscheidend ist somit stets, worin der Streitwert eines Beschlusses (Dividendenausschüttung, Kapitalerhöhung etc.) besteht.⁷³⁵ Insb. sind die wirtschaftlichen und gesellschaftsrechtlichen Auswirkungen, welche die Nichtigkeit des Beschlusses nach sich zieht, zu berücksichtigen.⁷³⁶ So betrifft das Interesse einer Klage auf Umwandlung von Inhaberaktien in Namenaktien mit Vinkulierung, Statuierung eines Vorkaufsrechts oder Aufnahme einer Schiedsklausel in die Statuten das gesamte Kapital der Gesellschaft, weshalb der Verkehrswert (oder eventuell der Nominalwert) sämtlicher Aktien einen tauglichen Ausgangspunkt für die Streitwertfestlegung darstellt.⁷³⁷ Wird der Beschluss einer Generalversammlung angefochten, stellt der wirtschaftliche Wert des zugrunde liegenden Beschlusses den Streitwert dar. Wird z.B. die Genehmigung einer Jahresrechnung angefochten, können

⁷³² Vgl. dazu die Ausführungen zum Streitobjekt vorne Rz 146 ff. mit Hinweis auf GOEPFERT, Streitwertberechnung, 18. Ähnlich auch VOCK, Aktionärsrechte, 112.

⁷³³ BGE 97 II 108 E. 1; 75 II 149 E. 1; 66 II 43 E. 1; 54 II 19 E. 1; 51 II 65 E. 1; 47 II 432 E. 1.

⁷³⁴ Vgl. GOEPFERT, Streitwertberechnung, 18 f. mit Verweis auf BGE 23 II 1828 E. 2 und der seither konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

⁷³⁵ Vgl. bspw. Entscheid des Einzelrichters des HGer ZH vom 29. September 2011, HE110425, E. 8 (publ. in ZR 111 [2012] Nr. 15), in welchem der Beschluss einer Kapitalerhöhung Streitobjekt war und der Beklagte den Streitwert nur in einer (möglichen) Verwässerung der klägerischen Vermögensrechte sah. Der Einzelrichter hielt unter Hinweis auf die ständige Praxis zu Recht fest, dass das Interesse der Gesellschaft herangezogen werden müsse, weshalb die Kapitalerhöhung über den Betrag von rund Fr. 500'000.-- den Streitwert darstelle.

⁷³⁶ So auch im deutschen Recht, SCHNEIDER/HERGET, Rz 2299.

⁷³⁷ FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 22 N 4 mit Verweis auf ZR 90 (1991) Nr. 61 E. III.

die Bilanzsumme oder die umstrittenen Zahlen aus dieser als Streitwert herangezogen werden.

255

Ein illustratives Beispiel zum Streitwert einer aktienrechtlichen Klage geht aus dem Beschluss des Obergerichts Zürich betreffend die Suspendierung von Stimmrechten einer grossen Aktionärsgruppe einer börsenkotierten Gesellschaft hervor.⁷³⁸ In einem bemerkenswerten Entscheid multiplizierte das Obergericht bei der Berechnung des Streitwerts die Anzahl Namenaktien mit der potenziellen Kursdifferenz, welche die mit der Klage auf Stimmrechtssuspendierung einhergehende Änderung der strategischen Ausrichtung im Minimum zur Folge haben könnte. Zu berücksichtigen war hierbei hauptsächlich, dass die mögliche Kursdifferenz unter Beachtung des Minimal- und Maximalkurses festgesetzt wurde (Kursschwankung zwischen Fr. 40.-- und Fr. 140.--, weshalb von einer Kursdifferenz von Fr. 100.-- ausgegangen wurde). Ebenfalls bemerkenswert ist, dass das Obergericht wie bei der Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen richtigerweise die Gesamtheit der betroffenen wirtschaftlichen Interessen heranzog, nicht bloss das Interesse des klagenden Aktionärs. Das Obergericht sah folglich die wirtschaftlichen Interessen der Gesellschaft in der potenziellen Kursdifferenz sämtlicher Aktien. Betreffend die Gebühren hielt das Obergericht weiter fest, dass sich auch bei vollem Ausschöpfen der Reduktionsgründe der Gebührenverordnung noch immer Gerichtskosten von rund Fr. 800'000.-- ergäben; diese Gebühr halte vor dem verfassungsrechtlichen Äquivalenzprinzip jedoch nicht stand. Es reduzierte folglich die Gerichtskosten auf ein adäquates Mass und setzte sie auf Fr. 30'000.-- fest.⁷³⁹ Damit unterschied das Obergericht klar und völlig zu Recht zwischen der Berechnung des Streitwerts einerseits und den darauf basierenden, anzupassenden Prozesskosten andererseits.⁷⁴⁰

⁷³⁸ Beschluss des OGer ZH vom 9. September 2009, publ. in ZR 108 (2009) Nr. 54. Vgl. ein ähnliches Beispiel bei KUNZ, Aktienrecht, 87.

⁷³⁹ Beschluss des OGer ZH vom 9. September 2009, publ. in ZR 108 (2009) Nr. 54 E. 6.4 f.

⁷⁴⁰ Vgl. die Schlussfolgerungen vorne Rz 141 f.

2. *Problem der Bezifferung*

(Noch) schwieriger wird die Beurteilung bei Klagen ohne offensichtlichen Einfluss auf das Vermögensrecht: Klagt ein ehemaliger Verwaltungsrat auf Nichtigkeit des ihn abwählenden Generalversammlungsbeschlusses, lässt sich der Wert des Streitobjekts nur schwer beziffern. In solchen und ähnlichen Fällen ist hauptsächlich auf die subjektive Schätzung der Parteien, d.h. v.a. des Klägers, abzustellen. Dieser hat dem Gericht den subjektiven Wert, welcher das Wiedererlangen seiner Position für ihn aufweist, darzulegen und zu plausibilisieren.⁷⁴¹ Für das Gericht hat dieser Betrag als Ausgangspunkt für die Beurteilung zu gelten. Dabei kann der Kläger für seine subjektive Schätzung Kriterien wie finanzielle Einkünfte, Zeitaufwand, Wichtigkeit der Position o.ä. heranziehen. Aber auch die Bedeutung der Gesellschaft kann mitberücksichtigt werden, insb. deren Grösse, der Dividendenanspruch sowie die allgemeine wirtschaftliche Auswirkung auf die finanzielle Situation der Gesellschaft können zur Beurteilung herangezogen werden. Der Höhe des Aktienkapitals ist lediglich als Notbehelf oder aus Praktikabilitätsgründen Bedeutung zuzumessen.⁷⁴² Falls die Gegenpartei keine entscheidenden Einwände gegen die klägerische Bezifferung vorbringt, wird das Gericht deshalb mangels anderer Anhaltspunkte in der Regel keine offensichtliche Fehlerhaftigkeit i.S.v. Art. 91 Abs. 2 ZPO annehmen. Eine solche kann auch im Gesellschaftsrecht grundsätzlich nur bei Rechtsmissbräuchlichkeit vorliegen.⁷⁴³ Die Anfechtung von GV-Beschlüssen wird daher regelmässig im Bereich von Fr. 20'000.-- bis

⁷⁴¹ Vgl. etwa BGer 4A_24/2007 E. 1.3; Einzelrichter des HGer ZH vom 23. Mai 2013, HE1200526, E. 6, publ. in ZR 112 (2013) Nr. 64 E. 6.

⁷⁴² BGer 4A_465/2008 E. 1.5. Weitere Beispiele und Hinweise auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung bei RIEMER, Rz 238: Wird ein Beschluss über die Verwendung des Reingewinns angefochten, ist der Betrag der insgesamt geforderten zusätzlichen Dividenden bzw. der zusätzlichen Verwaltungstantiemen massgebend. Ist die Wahl eines Vertreters einer bestimmten Aktienkategorie angefochten, soll deren maximaler Anspruch auf Dividende entscheidend sein. Steht ein Bilanzgenehmigungsbeschluss im Streit, bestimmen die strittigen Bilanzposten den Streitwert. Bei einer Anfechtung eines Déchargebeschlusses bemisst sich der Streitwert nach dem strittigen Haftungsbetrag.

⁷⁴³ Zur Überprüfungsbefugnis des Gerichts vgl. vorne Rz 163 ff. Rechtsmissbräuchlichkeit wird hauptsächlich dann vorliegen, wenn die Parteien versuchen, die Prozesskosten absichtlich tief zu halten.

100'000.-- (minimales Stammkapital GmbH/Aktiengesellschaft als Notbehelf) aufwärts anzusiedeln sein. Streitwerte unter Fr. 20'000.-- dürften bei der Anfechtung eines Beschlusses einer Aktiengesellschaft kaum denkbar sein. Insb. bei der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gegen GV-Beschlüsse wird der Streitwert jeweils mindestens beim minimalen Stammkapital der Gesellschaft (als Richtgrösse) anzusiedeln sein.⁷⁴⁴

257

Bei Befolgung dieser Praxis resultieren gerade im Gesellschaftsrecht konsequenterweise häufig sehr hohe Streitwerte. Dennoch rechtfertigt es sich in keinem Fall, eine abweichende Streitwertberechnung vorzunehmen, nur weil eine darauf basierende Kostenfolge als inadäquat erscheint. Vielmehr kann und soll die anhand des Streitwerts berechnete Grundentschädigung für die Gerichts- und Parteikosten nach freiem Ermessen durch das Gericht reduziert werden, anstatt sachfremde Kriterien zur Streitwertberechnung heranzuziehen.⁷⁴⁵ Bei gesellschaftsrechtlichen Klagen spielt dabei insb. der hohe Streitwert im Verhältnis zum Aufwand bzw. Nutzen für den Kläger eine Rolle; dies stellt ein entscheidendes Kriterium dar, welches ein (unter Umständen massives) Kürzen der Kosten rechtfertigt. Überdies soll bei aktienrechtlichen Klagen stets auch Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO Rechnung getragen werden: In Abweichung von den Verteilungsgrundsätzen können die Kosten den Parteien nach Ermessen auferlegt werden, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war. Diese Regelung ersetzt die aufgehobenen Art. 706a Abs. 3 und Art. 756 Abs. 2 OR, welche eine abweichende Kostenverteilung trotz (teilweisen) Unterliegens beim begründeten Anstrengen einer Anfechtungs- oder Verantwortlichkeitsklage ermöglichten.⁷⁴⁶ Mit der Normierung in der ZPO dürfte eine analoge Anwendung auf andere gesellschaftsrechtliche Klagen im Einzelfall ebenfalls zu rechtfertigen sein.⁷⁴⁷

⁷⁴⁴ Vgl. VOCK, Aktionärsrechte, 68.

⁷⁴⁵ Vgl. ausführlich die Schlussfolgerung vorne Rz 141 f. Ähnlich auch VOCK, Aktionärsrechte, 161.

⁷⁴⁶ Botschaft ZPO 7298; BK ZPO-STERCHI, Art. 107 N 8 m.w.H.

⁷⁴⁷ Zu einer analogen Anwendung der alten Art. 706a Abs. 3 und Art. 756 Abs. 2 OR noch kritisch KUNZ, Aktienrecht, 93.

Einen Spezialfall stellt der Anspruch auf Einsetzung eines Sonderprüfers i.S.v. Art. 697a Abs. 2 OR (bzw. ebenfalls Klagen auf Anordnung der Auskunftserteilung i.S.v. Art. 697 Abs. 4 OR) dar. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zielt der Antrag auf dessen Einsetzung lediglich auf die Beschaffung von Informationen ab, bevor die Aktionäre sich zu einer Leistungsklage mit den entsprechenden Kostenrisiken entschliessen.⁷⁴⁸ Das Kostenrisiko muss daher im Vergleich zu jenem einer Leistungsklage bescheiden bleiben. Damit kommt zum Ausdruck, dass die Einsetzung eines Sonderprüfers Elemente einer präparatorischen Informationsklage aufweist, weshalb mit guten Argumenten vertreten werden kann, dass nicht der mutmassliche Schaden direkt den Streitwert darstellt, sondern lediglich ein Bruchteil davon.⁷⁴⁹ Um der Natur als Informationsklage Rechnung zu tragen, rechtfertigt es sich deshalb, für die Bemessung des Streitwerts auf die Höhe des für den bzw. die Kläger zu erwartenden Schadens abzustellen und davon analog dem präparatorischen Informationsanspruch einen Bruchteil als Streitwert zu bestimmen.⁷⁵⁰ 258

3. *Liquidation einer Gesellschaft*

Wird auf Auflösung und Liquidation einer Gesellschaft geklagt, gilt es – insb. bei einer einfachen Gesellschaft – wie bei der Erbteilungsklage⁷⁵¹ vorab zu bestimmen, ob der Teilungsanspruch an sich streitig ist oder lediglich ein einzelner Anteil eines am Gesellschaftsvermögen Berechtigten. Im ersten Fall stellt das gesamte Gesellschaftsvermögen das Streitobjekt dar und dessen Gesamtwert⁷⁵² bildet den Streitwert.⁷⁵³ Im 259

⁷⁴⁸ BGE 123 III 261 E. 4a; 120 II 93 E. 4.

⁷⁴⁹ So etwa BGE 123 III 261 E. 4a, insb. mit Hinweis darauf, dass der Vermögenswert der Information, welche die antragsstellenden Aktionäre mit der beantragten Sonderprüfung erlangen wollen, vom mutmasslichen Schaden abhängig sei und es willkürlich wäre, das Kostenrisiko in der Grössenordnung der Kosten einer direkt erhobenen Leistungsklage festzulegen. Entsprechend argumentiert auch VOCK, Aktionärsrechte, 113, und stimmt dem Abstellen auf die Höhe des für den einzelnen Kläger zu erwartenden Schadens zu.

⁷⁵⁰ Ebenso SCHAI, Streitwert, 141.

⁷⁵¹ Dazu hinten Rz 262.

⁷⁵² Massgebend ist der Fortführungswert, nicht der Liquidationswert, vgl. BAUMANN, 290 m.w.H.

⁷⁵³ BGE 127 III 396 E. 1b; 94 II 122 E. 1; 86 II 451 E. 2. Ebenfalls GENNA, Liquidation, 81.

zweiten Fall ist lediglich ein bestimmter Anteil umstritten, womit dieser das Streitobjekt darstellt und damit für den Streitwert massgebend ist.⁷⁵⁴ Abzustellen ist dabei auf die gesamte Vermögensmasse, mithin auf den Bruttowert ohne Berücksichtigung der Passiven.⁷⁵⁵ Denn ein Abstellen auf den Nettowert könnte zu stossenden Ergebnissen führen, wenn die Passiven die Aktiven beinahe aufwiegen, was zu einem extrem tiefen Streitwert führen würde. Ausserdem wäre die Vorhersehbarkeit beeinträchtigt und es würde nicht auf das Streitobjekt abgestellt werden.

4. *Organisationsmängelverfahren*

260

Nicht unproblematisch ist die Praxis des OGer und HGer ZH, wonach Verfahren rund um Mängel in der Organisation einer Gesellschaft i.S.v. Art. 731b OR – d.h. auch bei einer GmbH mit einem Fr. 20'000.-- nicht übersteigenden Kapital – stets einen Streitwert von mindestens Fr. 30'000.-- aufweisen sollten.⁷⁵⁶ Das OGer hält fest, dass sich das Aktienkapital zur Streitwertbemessung insofern als sinnvoll bzw. praktikabel erweise, als es unmittelbar aus dem Handelsregistrauszug ersichtlich sei und andere Angaben, insb. dann wenn sich seitens der Gesellschaft niemand verlauten lasse, oftmals nicht vorhanden seien.⁷⁵⁷ Da das gesetzliche Minimum des Aktienkapitals Fr. 100'000.-- betrage und mit einer GmbH regelmässig ein Umsatz von mehr als den Fr. 20'000.-- des minimalen Stammkapitals bezweckt werde, dürften Streitigkeiten

⁷⁵⁴ BGE 127 III 396 E. 1b; 94 II 122 E. 1; Beschluss des OGer ZH vom 11. September 2001, E. 6, publ. in ZR 101 (2002) Nr. 21; SHK ZPO-SCHLEIFFER MARAIS, Art. 91 N 21 4. Lemma. A.A. GENNA, Liquidation, 82, sowie HOCH, 120, welche in jedem Fall auf den Gesamtbruttowert der im Prozess zu liquidierenden Vermögensgegenstände abstellen. Dies hauptsächlich mit der Begründung, dass infolge der Gutheissung einer Auflösungsklage ein Anspruch auf Liquidation der Gesellschaft bestehe und damit von der Auflösung indirekt sämtliche Vermögenswerte der Gesellschaft erfasst würden, GENNA, Liquidation, 82 Fn. 491.

⁷⁵⁵ GENNA, Liquidation, 82; HOCH, 120; GULDENER, ZPR, 111, Fn. 19.

⁷⁵⁶ Entscheid des OGer ZH vom 14. Februar 2011, LF110011-O, publ. in ZR 110 (2011) Nr. 30, insb. auch zur Praxisänderung, wonach unter der eidgenössischen ZPO Organisationsmängel gemäss Bundesgericht nunmehr als vermögensrechtliche Streitigkeiten zu qualifizieren sind (E. 3.2). Diese Praxis wurde nunmehr bestätigt durch Verfügung des Einzelrichters des HGer ZH vom 30. September 2011, HE110388, publ. in ZR 111 (2012) Nr. 8. Vgl. auch SCHÖNBÄCHLER, 407 ff.

⁷⁵⁷ Entscheid des OGer ZH vom 14. Februar 2011, LF110011-O, E. 3.3.1.

betreffend Organisationsmängel kaum je einen Streitwert von weniger als Fr. 30'000.-- aufweisen.⁷⁵⁸ Einerseits knüpfen sowohl das OGer ZH wie auch das HGer ZH am oft einzigen vorhandenen Anhaltspunkt an, der zur Streitwertbemessung herangezogen werden kann. Dies erscheint mangels Alternativen ohne weiteres als gerechtfertigt, stellt das Gesellschaftskapital doch zumindest kein sachfremdes Kriterium zur Annäherung an das wirtschaftliche Interesse einer (oftmals illiquiden) Gesellschaft bei einer Auflösung dar.⁷⁵⁹ Andererseits gelingt es anhand des Gesellschaftskapitals lediglich eine vage Annäherung an den Wert des Unternehmens auszudrücken.⁷⁶⁰

Es ist jedoch fraglich, ob es sachgerecht ist, auch bei einer GmbH jeweils von einem Streitwert von über Fr. 30'000.-- auszugehen, selbst wenn die Gesellschaft ein geringeres Stammkapital aufweist. Denn die Begründung, es werde regelmässig ein Umsatz von über Fr. 20'000.-- bezweckt, überzeugt nicht. Grundsätzlich bestünde das Gesamtinteresse der Auflösungsklage im Gesamtwert der Gesellschaft,⁷⁶¹ da sich darin der wirtschaftliche Wert der Klage widerspiegelt. Häufig wird dieser Wert indes nur schwierig zu bestimmen sein oder im Falle einer Überschuldung sogar negativ ausfallen, was den Wert der Gesellschaft – insb. einer leeren Mantelgesellschaft – nicht

⁷⁵⁸ Entscheid des OGer ZH vom 14. Februar 2011, LF110011-O, E. 3.3.1 2. Absatz. Ebenso ausgeführt in der Verfügung des Einzelrichters des HGer ZH vom 30. September 2011, HE110388, E. 4, mit dem Hinweis, dass mit der Liquidation ein auf Dauer angelegtes Unternehmen untergehen würde, weshalb – zu Recht – nicht auf die flüssigen Mittel abgestellt werden dürfe.

⁷⁵⁹ Vgl. ebenfalls BGer 4A_630/2011 E. 1 (nicht publ. Erw. von BGE 138 III 166); 4A_315/2010 E. 2; 4A_278/2010 E. 6; 4A_106/2010 E. 6 (nicht publ. Erw. von BGE 136 III 369). Ebenso BSK OR-WATTER/PAMER-WIESER, Art. 731b N 27; ausführlich SCHÖNBÄCHLER, 412 ff. m.w.H. Anders aber etwa BGer 4A_465/2008 E. 1.5, wonach der Höhe des Aktienkapitals einer liquidierten Gesellschaft keine massgebliche Bedeutung zukomme. Fehlen hingegen andere Hinweise, ist dieses Anknüpfungskriterium regelmässig die einzige Möglichkeit zur Festlegung einer bestimmten Zahl. Sind Informationen über den Fortführungswert (nicht aber Liquidationswert) vorhanden, ist dieser u.U. besser geeignet, den Wert des Streitobjekts auszudrücken, vgl. SCHAI, Streitwert, 141.

⁷⁶⁰ OGer ZH vom 10. August 2011, LF110043-O/U, E. 3.5.

⁷⁶¹ Ähnlich wie bei der Auflösung einer einfachen Gesellschaft oder einer Kollektiv-/Kommanditgesellschaft, BGE 94 II 122 E. 1, mit dem Unterschied, dass das Feststellen der zu liquidierenden bzw. aufzuteilenden Vermögensmasse und damit der Wert der Gesellschaft i.d.R. einfacher zu bestimmen sein dürfte als bei einer AG.

auszudrücken vermag. Den Wert anhand des potenziellen oder allgemeinen, «regelmässig bezweckten» Umsatzes festzulegen, steht aber in einem bloss entfernten Zusammenhang mit dem wirklichen Wert der Gesellschaft und dürfte bei einer zahlenmässigen Bezifferung ebenso schwierig zu bestimmen sein wie der Gesamtwert selbst. Als massgebender Streitwert ist aus Praktikabilitätsgründen deshalb auf das Gesellschaftskapital abzustellen, zumindest sofern keine konkreten Angaben vorhanden sind. Das «Aufrunden» des Gesellschaftskapitals jeder GmbH von Fr. 20'000.-- auf die für die Beschwerdemöglichkeit ans Bundesgericht entscheidende Schwelle von über Fr. 30'000.-- ist m.E. jedoch nicht angezeigt. Dies insb. vor dem Hintergrund, dass gemäss einem jüngeren Entscheid des Bundesgerichts die Auflösung einer GmbH unabhängig vom Streitwert ans Bundesgericht weitergezogen werden kann, falls die Auflösung vom Handelsgericht als einzige Instanz (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG) ausgesprochen wurde.⁷⁶² Der Streitwert bei einer GmbH mit einem Stammkapital von Fr. 20'000.-- ist somit entgegen der zürcherischen Praxis auf den nämlichen Betrag festzusetzen.

III. Erbrechtliche Klagen

262

Da es in erbrechtlichen Streitigkeiten immer wieder um beträchtliche Summen und damit um hohe Kosten geht, existiert dazu ein grosser Fundus an bundesgerichtlicher Rechtsprechung. Im Besonderen stellt sich regelmässig die Frage, ob der ganze Nachlass den Streitwert darstellt oder nur der Erbanteil, der dem Kläger zukommen würde. Diese Frage lässt sich nicht generell beantworten, sondern bedarf stets einer genaueren Untersuchung, was Streitobjekt des Prozesses ist. Illustrativ zeigt sich diese Unterscheidung im Falle eines Erbteilungsstreits.⁷⁶³ Nach der Rechtsprechung und der h.L. bildet die gesamte Erbmasse den Streitwert, wenn der Teilungsanspruch an sich

⁷⁶² BGE 139 III 67 E. 1.2. A.A. SCHÖNBÄCHLER, 407 mit Verweis auf den Entscheid des OGer ZH vom 14. Februar 2011, LF110011-O, E. 3.3.1, der allerdings in engem Zusammenhang mit der Zuständigkeit des Einzelrichters des Handelsgerichts nach § 45 lit. c GOG ZH zu sehen ist.

⁷⁶³ Ausführlich zur Erbteilungsklage als Gesamtklage bzw. doppelseitige Klage («actio duplex») vgl. RICKLI, Rz 314 und 315 ff.

streitig ist; sofern dagegen nur der Anteil eines am Gesamtnachlass Berechtigten das Streitobjekt des Erbteilungsstreits bildet, stellt lediglich das strittige Betreffnis den Streitwert dar.⁷⁶⁴

Ähnlich ist bei anderen erbrechtlichen Klagen vorzugehen. Bei der Ungültigkeitsklage stellt nicht der Gesamtnachlass den Streitwert dar, sondern nur der Betrag, um welchen sich der Erbanspruch des Klägers gegebenenfalls erhöhen oder verringern könnte.⁷⁶⁵ Dies ist folgerichtig, denn das Urteil schafft nur zwischen den Prozessparteien Recht und wirkt nicht *erga omnes*.⁷⁶⁶ Analog ist auch bei einer Ausgleichungs- und Herabsetzungsklage der potenzielle Prozessgewinn massgebend für die Höhe des Streitwerts.⁷⁶⁷ Die ausgleichungspflichtige Zuwendung ist mit der Erbquote der prozessbeteiligten Erben zu multiplizieren. Bei Klagen auf Feststellung der Erbenstellung liegt der Streitwert im potenziellen Prozessgewinn des Klägers, mithin in seinem Erbteil bzw. im Erbteil des Beklagten bei Klage auf Ausschliessung desselben von der Erbschaft.⁷⁶⁸ Werden verschiedene Klagen miteinander verbunden, bemisst sich der

⁷⁶⁴ BGE 127 III 396 E. 1b; 86 II 451 E. 2; BGer 5A_384/2013 E. 3; 5A_727/2009 E. 4.3; BAUMANN, 287; RICKLI, Rz 318 m.w.H. Massgebend ist grundsätzlich der Bruttowert (sog. Liquidationsmasse bzw. Nachlass) des eingeklagten Erbteils, d.h., allfällige Passiven sind nicht abzuziehen. Zur Begründung vgl. die Ausführungen zur Auflösung und Liquidierung der einfachen Gesellschaft, ebenso vorne Rz 259. Eine übermässige Kostenfolge kann aufgrund des Äquivalenzprinzips gemindert werden. GL.M. RICKLI, Rz 319; GULDENER, ZPR, 111, Fn. 19. A.A., auf den Nettowert abstellend BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 212, insb. Fn. 428, sowie BAUMANN, 287, welche nur in Extremfällen auf den Bruttowert abstellen wollen. Ebenfalls auf den Gesamtwert abzustellen ist im Übrigen bei Anfechtung eines Erbteilungsvertrags, da die erfolgreiche Anfechtung den Vertrag insgesamt dahinfallen lässt, BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 247.

⁷⁶⁵ BGer 5A_382/2007 E. 1.2 m.H. auf BGE 78 II 181 E. b. Vgl. auch BAUMANN, 288 m.w.H.

⁷⁶⁶ Vgl. BGE 78 II 181 E. b.

⁷⁶⁷ BGE 78 II 286 f.; 65 II 89 f.; ferner BGE 84 II 685; vgl. BAUMANN, 289 m.w.H.; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 80 und 157. Gleiches gilt ebenfalls für die Klage auf Vollzug eines Erbteilungsvertrags, vgl. BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 236, oder bei einer Vermächtnisklage, vgl. insb. BGer 5A_646/2008 E. 2.3; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 258.

⁷⁶⁸ BGer 5A_727/2009 E. 4.3; BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 107.

Streitwert nach den aus der Rechtsgestaltung für den Kläger erwachsenden Vermögensvorteilen.⁷⁶⁹

264

Höchst umstritten in erbrechtlichen Angelegenheiten ist der Streitwert im Zusammenhang mit der Absetzung eines Willensvollstreckers. In BGE 135 III 578 hielt das Bundesgericht fest, eine Gebühr von Fr. 450'000.-- für die Absetzung eines Willensvollstreckers sei unhaltbar und verstosse gegen das Willkürverbot. Es geht zwar auf die Frage des Streitwerts ein, indem es ausführt, Streitobjekt bilde die Absetzung des Willensvollstreckers, weshalb der Nachlass als solcher ein sachfremdes Kriterium im Zusammenhang mit der Berechnung des Streitwerts darstelle. Leider führt es in der Folge lediglich apodiktisch aus, die berechnete Gebühr sei willkürlich. Welche Kriterien zur Festlegung des Streitwerts heranzuziehen sind, lässt es aber offen.⁷⁷⁰ M.E. hätte zur Begründung ohne weiteres auf das Äquivalenzprinzip und das Verhältnis zwischen Aufwand und Kosten verwiesen werden können. Der blosser Verweis auf eine falsche Streitwertfestlegung ist im Lichte der sonstigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach das Ergebnis willkürlich sein muss, unbefriedigend. Auch in zwei späteren Entscheidungen⁷⁷¹ äussert sich das Bundesgericht nicht zu einer Methode, wie sich der Streitwert im Zusammenhang mit der Absetzung eines Willensvollstreckers berechnet. Es führte aus, es bestehe kein Anlass, eine alle möglichen Fälle abdeckende Methode festzulegen. Denkbar erscheine, das Interesse an der Absetzung bzw. den dahinter stehenden Vertrauensverlust in den Vordergrund zu rücken. Eine Analogie zur Abberufung der Verwaltung einer Stockwerkeigentümergeinschaft sei nicht ausgeschlossen; weitergehende ökonomische Zwecke seien allerdings ebenfalls

⁷⁶⁹ BAUMANN, 286. Wird bspw. in einem Teilungsprozess gleichzeitig eine Feststellungsklage mit einer Leistungsklage verbunden, bestimmt sich der Streitwert nach dem Leistungsbegehren (Hauptfrage), BGer 5A_492/2007 E. 9.

⁷⁷⁰ BGE 135 III 578 E. 6.5.

⁷⁷¹ BGer 5A_395/2010 sowie 5A_195/2013. In letzterem wirft das Bundesgericht der Vorinstanz zwar vor, den Streitwert falsch anhand des Nachlasses festgelegt zu haben, verweist bzgl. des Überschreitens der Streitwertgrenze jedoch lediglich auf die Dauer des Willensvollstreckermandats und auf die massgeblichen wirtschaftlichen Interessen, womit der massgebende Streitwert erreicht sei. Zu den Richtlinien, welche in der Schweiz zur Bemessung der «angemessenen Entschädigung» i.S.v. Art. 517 Abs. 3 ZGB bestehen, FLÜCKIGER, 202 ff.

zu berücksichtigen.⁷⁷² BRÜCKNER/WEIBEL schliessen aus den Entscheidungen, dass der Streitwert nach behördlichem Ermessen zu bestimmen sei.⁷⁷³

Der Ansicht von BRÜCKNER/WEIBEL kann in dieser Absolutheit jedoch nicht zuge- 265
stimmt werden, weil der Streitwert trotzdem anhand objektiver Kriterien festgelegt werden können sollte, um die Voraussehbarkeit der Prozesskosten zu ermöglichen. Ausserdem rechtfertigt es sich entgegen der Ansicht des Bundesgerichts m.E. durchaus, auf den Nachlasswert abzustellen. Denn genau dieser Betrag stellt das Interesse des Klägers dar, da der Nachlasswert der Kontrolle des Willensvollstreckers unterliegt und dieser entzogen werden soll. Wieso er ein sachfremdes Kriterium darstellen sollte, ist nicht nachvollziehbar. Auch der Einwand, es könne im Zuge der Erbschaftsabwicklung stets zu neuen Beschwerden kommen, überzeugt nicht restlos. Nur weil ein Streit einem Gericht ein zweites Mal zur Beurteilung unterbreitet werden könnte – sei es auch zu Unrecht –, kann dies nicht zur Folge haben, dass der Streitwert abweichend vom ersten Prozess zu beurteilen wäre. So liegt der Streitwert auch bei einer Klage, in welcher die Einrede der *res iudicata* erhoben wird, im gleichen Betrag wie bei der ersten Klage. Wenn das Bundesgericht – wohl im genannten Fall zu Recht – von einer willkürlichen Bemessung der Gerichtskosten ausgeht, betrifft dies lediglich die konkrete Kostenfestlegung. Die Korrektur dieser übermässigen Gebührenhöhe ist indessen nicht auf der Ebene des Streitwerts anzubringen, sondern die Kosten sind unter Anwendung des Äquivalenzprinzips anzupassen.⁷⁷⁴ Denn wie das Bundesgericht festzuhalten pflegt, muss jeweils das Ergebnis an sich, mithin die konkret resultierenden Kosten, einer Willkürprüfung standhalten.⁷⁷⁵ Dass sich das Bundesgericht mit der

⁷⁷² BGer 5A_95/2010 E. 1.2.

⁷⁷³ BRÜCKNER/WEIBEL, Rz 317a.

⁷⁷⁴ Vgl. dazu die Schlussfolgerungen vorne Rz 141 f.

⁷⁷⁵ So etwa ausdrücklich in BGer 5A_646/2008 E. 2, in welchem die Vorinstanz bei der Beschwerde einer Vermächtnisnehmerin (fälschlicherweise) auf den gesamten Wert des Nachlasses abgestellt hatte, die Gebühren aber mit Blick auf das Äquivalenzprinzip unter Ausschöpfung der Reduktionsmöglichkeiten stark gekürzt hatte. Das Bundesgericht erwog, dass die Beschwerdeführerin nicht dargelegt habe, dass und inwiefern Gebühr und Entschädigung willkürlich hoch ausgefallen seien (E. 2.4). Im Ergebnis hielten die verlangten Gebühren der Willkürprüfung stand, obwohl die Berechnung wohl nicht richtig erfolgte.

früheren Entscheidung nunmehr selbst schwer tut, zeigen m.E. die wenig klaren Ausführungen in zwei später ergangenen Urteilen betreffend Absetzung eines Willensvollstreckers.⁷⁷⁶

IV. Sachenrechtliche Klagen

- 266 Bei Verfahren, die ihren Ursprung im Sachenrecht haben, entspricht der Streitwert getreu den aufgezeigten Grundsätzen dem objektiven Wert der streitgegenständlichen Sache.⁷⁷⁷ Dies gilt jeweils dann, wenn dem Streit eine Sache oder ein Recht mit einem bestimmbar objektiven Wert zugrunde liegt.⁷⁷⁸ Bei der Bemessung des Werts ist wie bzgl. Art. 91 Abs. 2 ZPO aufgezeigt hauptsächlich auf die Parteiangaben abzustellen, wobei der klägerischen (objektiven) Wertangabe bei unterschiedlichen Interessen grösseres Gewicht beizumessen ist als derjenigen des Beklagten.⁷⁷⁹ Die Parteien sind vom Instruktionsrichter anzuhalten, den Wert einer Sache betragsmässig zu beziffern, wobei im Wesentlichen auf den Verkehrswert abzustellen ist, sofern ein solcher existiert. Kann nicht auf einen Verkehrswert abgestellt werden, ist der Wert anhand von Schätzungen zu plausibilisieren.⁷⁸⁰ Bei fehlenden Hinweisen obliegt es dem Gericht, den Wert des Streitobjekts mit einem Ermessensentscheid festzulegen.
- 267 Schwierigkeiten ergeben sich im Besonderen bei nur schwer greifbaren Streitobjekten des Sachenrechts wie z.B. die Anfechtung von Beschlüssen einer Stockwerkeigentü-

⁷⁷⁶ BGer 5A_195/2013 und 5A_395/2010.

⁷⁷⁷ BIRCHMEIER, 41; GOEPFERT, Streitwertberechnung, 76; SCHNEIDER/HERGET, Rz 1044. Geht es um Mitbesitz bzw. Miteigentum, kommt es auf den entsprechenden Teilwert an, Stein/Jonas-ROTH, § 6 N 3.

⁷⁷⁸ So insb. bei eigentums- und besitzrechtlichen Klagen in ihren verschiedenen Ausgestaltungen, vgl. bspw. BGer 5A_114/2007 E. 1.2. Gleiches gilt im Übrigen für die Beschlagnahmung eines Gegenstands, BGE 94 II 51 E. 2.

⁷⁷⁹ Dazu vorne Rz 160 ff.

⁷⁸⁰ Ruht auf der Sache eine Last (z.B. Hypothekarschuld), rechtfertigt es sich m.E. nicht, diese vom Verkehrswert abzuziehen, da der Streitwert bei einer hohen Belastung ansonsten gegen Null tendieren würde. Gl.M. im deutschen Recht SCHNEIDER/HERGET, Rz 1486 und Rz 2615; Stein/Jonas-ROTH, § 6 N 17 mit Hinweisen auf abweichende Meinungen in der Rechtsprechung.

merversammlung oder der Ausschluss eines Stockwerkeigentümers. Anders als bei vereinsrechtlichen Streitigkeiten, in welchen weniger die wirtschaftlichen Interessen im Vordergrund stehen, liegt bei Stockwerkeigentümern regelmässig ein wirtschaftliches Interesse an der Ausübung des gemeinschaftlichen Eigentums vor, weshalb es sich um vermögensrechtliche Streitigkeiten handelt.⁷⁸¹ Soll ein Stockwerkeigentümer ausgeschlossen werden, ist auf den Wert des Anteils der beklagten Partei abzustellen.⁷⁸² Denn darin widerspiegelt sich der vermögensrechtliche Charakter der Klage, welche letztlich bezweckt, dass der beklagte Eigentümer beim Vorliegen von Ausschlussgründen sein Eigentum aufgibt. Wird hingegen ein Beschluss der Stockwerkeigentümergeinschaft angefochten, kann nicht ohne weiteres ein bestimmter Stockwerkeigentumsanteil zugrunde gelegt werden. Vielmehr ist für die Streitwertfestlegung darauf abzustellen, welcher vermögensmässige Wert dem angefochtenen Beschluss beigemessen werden kann. Dabei ist analog der Anfechtung von GV-Beschlüssen und abweichend von dem sonst geltenden Grundsatz des Angreiferinteresseprinzips auf das Gesamtinteresse der beklagten Stockwerkeigentümergeinschaft abzustellen und nicht nur auf das Interesse des klagenden Gesellschafters.⁷⁸³ Geht die Streitigkeit z.B. um die Frage der Einsetzung eines Verwalters, kann dessen Honorar als massgebender Streitwert herangezogen werden.⁷⁸⁴ Wird eine Jahresrech-

⁷⁸¹ Vgl. BGE 113 II 15 E. 1; 108 II 77 E. 1b; BGer 5A_534/2011 E. 1.1. Die Entscheidungen handeln hauptsächlich von der Frage, ob es um eine vermögensrechtliche oder nicht vermögensrechtliche Streitigkeit geht, enthalten jedoch keine Hinweise darauf, wie der wirtschaftliche Wert festzulegen ist.

⁷⁸² BSK ZGB-BRUNNER/WICHTERMANN, Art. 649b N 24; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 138 N 5c. A.A. OGer TG vom 20. Mai 2008, aufgezeigt in CAN 2012 Nr. 47 S. 140, welches auf die Differenz zwischen dem Verkehrswert und dem mutmasslichen Verkaufspreis abstellt.

⁷⁸³ BGE 140 III 571 E. 1.1. Vgl. ebenso vorne Rz 254.

⁷⁸⁴ So bspw. BGer 5A_795/2012 E. 1. Allerdings ist unklar, ob das Honorar zu kapitalisieren ist oder ob das Jahreshonorar multipliziert mit der Anzahl Jahre, für die der Verwalter gewählt wurde, massgebend sein soll. Mit dem Bundesgericht und der Einfachheit halber liegt es wohl nahe, zumindest wenn der Verwalter auf eine genau bestimmte Zeit gewählt wurde, keine Kapitalisierung vorzunehmen, sondern lediglich auf den Totalbetrag abzustellen. Ist die Zeitdauer der Wahl jedoch nicht genau definiert, ist die Entschädigung zu kapitalisieren, vgl. BGer 5C.243/2004 E. 1 (nicht veröffentlichte Erwägung von BGE 131 III 297); 5C.27/2003 E. 1.

nung angefochten, kann auf den verzeichneten Aufwand abgestellt werden.⁷⁸⁵ Diese Zahlen können zumindest als Anhaltspunkte zur Quantifizierung des Streitwerts dienen.

268

Ebenfalls nur sehr schwer zu fassen sind Streitigkeiten, welche auf das Verhindern von Immissionen oder Bepflanzungen (bzw. deren Beschränkung) zielen. So begnügt sich das Bundesgericht in solchen Fällen denn auch mit der Feststellung, der Streitwert lasse sich nicht bestimmen, da vernünftige Angaben von den Parteien fehlten, weshalb der Streitwert nicht als erreicht betrachtet werden könne,⁷⁸⁶ oder dass es sich beim Streit der Nachbarn um «eine Grundsatzfrage von einiger Bedeutung» handle, weshalb der vorausgesetzte Streitwert wohl erreicht sei.⁷⁸⁷ Dies zeigt die Schwierigkeit, solchen Streitigkeiten einen bestimmten Wert beizumessen. Nach den allgemeinen Grundsätzen gilt als Streitwert die Vermögenseinbusse, die der Kläger durch die Immission bzw. Dauer der Störung erleidet.⁷⁸⁸ Objektive Anhaltspunkte für dieses finanzielle Interesse des Klägers können sich in den Kosten, welche für eine Beseitigung aufgewendet werden müssten, wiederfinden,⁷⁸⁹ aber auch im tieferen Wert des Grundstücks durch die Immission oder in den Kosten für Massnahmen gegen die Störung.⁷⁹⁰ Im Allgemeinen besteht ein grosses Ermessen des Gerichts, wobei sich dieses an den (substantiierten) Angaben des Klägers orientieren muss. Unzulässig ist es jedenfalls, subsidiär auf das finanzielle Interesse des Beklagten an der Abweisung der Klage abzustellen.⁷⁹¹ Denn nur weil ein Streitobjekt, d.h. das finanzielle Interesse

⁷⁸⁵ Bspw. OGer AG vom 8. Mai 2012, ZOR.2011.172, E. 2.2.

⁷⁸⁶ BGE 52 II 292 E. 1; ebenfalls BGer 5A_23/2008 E. 1.

⁷⁸⁷ BGer 5C.14/2004 E. 1; ähnlich BGer 5C.160/2006 E. 2.

⁷⁸⁸ BGE 95 II 14 E. 2; BGer 5C.160/2006 E. 2.

⁷⁸⁹ Illustrativ etwa BGer 5A_461/2015; a.A. aber OGer AG vom 10. Dezember 2007, ZSU.2007.198, E. 1.2; ZR 97 (1998) Nr. 22, wonach dies nur beim Zurückschneiden einer Hecke gelte.

⁷⁹⁰ Vgl. etwa SCHNEIDER/HERGET, Rz 2934 f., 3968, welche die Aufwendungen indessen nur für die Höhe der Beschwer, nicht aber für den Zuständigkeits- und Gebührenstreitwert, heranziehen wollen. Der Betrag für die Veränderung der Belästigung dürfe nicht als Streitwert massgebend sein. Diese Ansicht ist zwar vertretbar, doch häufig lässt sich die Entwertung eines Grundstücks kaum anhand zuverlässiger und praktikabler Kriterien schätzen.

⁷⁹¹ So etwa der Hinweis in BGer 5C.160/2006 E. 2.

des Klägers, schwierig zu schätzen ist, soll nicht als Notbehelf das beklagte Interesse berücksichtigt werden.

D. Immaterialgüterrechtliche Streitigkeiten im Besonderen

I. Grundsatz

Immaterialgüterrechtliche und lauterkeitsrechtliche⁷⁹² Streitigkeiten bergen bei der Festlegung des Streitwerts jeweils besondere Schwierigkeiten. Im Gegensatz zu anderen Leistungsklagen lässt sich der Wert eines Immaterialgüterrechts nur schwierig beziffern. Steht hinter einer typischen Leistungsklage regelmässig ein mehr oder weniger gut bezifferbares Streitobjekt (Forderung, Grundstück etc.), fehlt ein fassbarer Gegenstand bei einem Immaterialgüterrecht, bildet dieses doch gerade selbst als absolutes Schutzrecht das Streitobjekt. Anerkannt ist, dass es sich bei sämtlichen Klagen im Immaterialgüterrecht um vermögensrechtliche Streitigkeiten handelt.⁷⁹³ Denn unter Berufung auf ein dem Kläger zustehendes Schutzrecht wird stets ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt. Keinerlei Probleme ergeben sich bei reparatorischen Leistungsklagen, da Klagen auf Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe stets beziffert sein müssen.⁷⁹⁴ Zu berücksichtigen ist überdies, dass im Immaterialgüterrecht dem Zuständigkeits- und Rechtsmittelstreitwert weitgehend keine Bedeutung zukommt, da die entsprechenden Streitigkeiten erstinstanzlich bei einer einzigen kantonalen Instanz konzentriert werden müssen (Art. 5 Abs. 1 lit. a ZPO) und deshalb durchwegs mit Beschwerde ans Bundesgericht weitergezogen werden können (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG).⁷⁹⁵ Der Streitwert spielt im Marken-, Design-, Patent- und Urheber-

⁷⁹² Obwohl Streitigkeiten über den unlauteren Wettbewerb nicht dem Immaterialgüterrecht angehören, werden diese aufgrund der engen thematischen Verbundenheit ebenfalls von den nachfolgenden Ausführungen erfasst.

⁷⁹³ Bestätigt etwa in BGE 133 III 490 E. 3; 126 III 198 E. 1a; DAVID, SIWR I/2, Rz 107; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Vor Art. 9–13a N 79; SCHAI, Rechtsschutz, Rz 275.

⁷⁹⁴ MEYER, 561.

⁷⁹⁵ Dies gilt nur teilweise für UWG-Streitigkeiten, da diese gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. c ZPO nur ab einem Streitwert von mehr als Fr. 30'000.-- durch eine einzige kantonale Instanz zu beurteilen sind.

recht daher praktisch ausschliesslich bei der Bemessung der Prozesskosten eine Rolle.⁷⁹⁶

270 Zur Bestimmung des Werts einer Immaterialgüterrechtsstreitigkeit gibt es keine schematische Regelung; in Lehre und Praxis haben sich indessen hilfreiche Anhaltspunkte zur Vorgehensweise bei der Bemessung herausgebildet. Sowohl dem Gericht wie auch den Parteien verbleibt aber in jedem Fall ein grosser Spielraum.⁷⁹⁷ Anzumerken ist ausserdem, dass die immaterialgüterrechtlichen Erlasse äusserst vielseitig sind und eine grosse Regelungsdichte (insb. auch auf internationaler Ebene) besteht. Die Bemessung des jeweiligen Streitwerts ist deshalb stark vom jeweiligen Einzelfall abhängig. Nachfolgend werden deshalb lediglich die beiden Gebiete des Kennzeichen- und Lauterkeitsrechts herausgegriffen,⁷⁹⁸ wobei es dabei hauptsächlich um die Bemessung des Streitwerts, also um Hilfestellungen bei der Festlegung einer konkreten Höhe, geht.

271 Die Festlegung des Streitwerts erfolgt stets aufgrund einer Schätzung. Die Parteien messen der Bezifferung des Streitwerts allerdings gelegentlich nur eine (zu) geringe Bedeutung bei. Dies v.a. unter dem Blickwinkel der späteren, gerade im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht nicht zu unterschätzenden Gebühren- und Entschädigungslast.⁷⁹⁹ So begnügen sich Parteien häufig mit einem unsubstantiierten Hinweis, der Streitwert werde bspw. mit «Fr. 100'000.-- übersteigend» beziffert. Mit dieser Ausführung kommen sie zwar ihrer Obliegenheit zur Streitwertangabe i.S.v. Art. 221

⁷⁹⁶ Statt vieler SHK MSchG-STAUß, Vorbem. Art. 52–60 N 55.

⁷⁹⁷ Für verschiedene Beispiele zum Ermessensspielraum des Einzelrichters und zur Begründung der Ermessensausübung vgl. ZÜRCHER, Einzelrichter, 143 ff.

⁷⁹⁸ Nur am Rande gelten die Überlegungen für das Urheberrecht. Nicht berücksichtigt werden bei den folgenden Ausführungen das Kartell- und Patentrecht (für dieses ist auf den Aufsatz von ZÜRCHER, Streitwert, 496 ff., sowie das Korrigendum zu MEYER, nach 564, zu verweisen) sowie weitere Immaterialgüterrechte.

⁷⁹⁹ Vgl. SCHAI, Streitwert, 131. Hohe Streitwerte sind keine Seltenheit und belaufen sich regelmässig auf über Fr. 100'000.--. ZÜRCHER, Einzelrichter, 143, stellt mit Erstaunen fest, dass sich die Parteien häufig nicht zum Streitwert äussern würden und auch der Einzelrichter dies nur selten moniere, was trotzdem eigenartigerweise nie zu Komplikationen geführt habe.

Abs. 1 lit. c ZPO nach, müssen sich jedoch später mit einem groben und u.U. überraschenden Ermessensentscheid des Gerichts begnügen. Insb. der Kläger tut deshalb gut daran, bereits bei Klageeinleitung seine Prozesschancen gut auszuloten und den Streitwert substantiiert und realistisch zu beziffern. Ausserdem ist dem Gericht zu empfehlen, in der mündlichen Verhandlung in Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) die Parteien zum Streitwert zu befragen und wenn möglich eine übereinstimmende Auffassung herbeizuführen.⁸⁰⁰

Als Grundsatz und Gedankenanstoss kann zu den wichtigsten unbezifferten Rechtsbegehren im Immaterialgüterrecht Folgendes festgehalten werden: Bei Nichtigkeitsklagen ist gemäss h.L. jeweils auf den wirtschaftlichen Wert des im Streit stehenden Immaterialgüterrechts abzustellen.⁸⁰¹ Mithin ist wie üblich der Wert des Streitobjekts entscheidend, wobei dieser hauptsächlich aus Sicht des Klägers (bzw. des Markeninhabers) zu beurteilen ist; nur beschränkt massgebend kann daher z.B. das «Interesse der Öffentlichkeit» an einer Nichtigkeitsklärung sein.⁸⁰² Das Interesse des Markeninhabers kann insb. unter den Gesichtspunkten von Bedeutung und Grösse eines Unternehmens sowie vom Ausmass einer Schädigung durch eine Verletzung oder aber anhand historischer Kosten für die Schaffung der Marke ermittelt werden.⁸⁰³ Wird auf Übertragung einer Marke geklagt, kann dem Begehren unter Umständen sogar ein

⁸⁰⁰ SCHRAMM, 104. Eine solche Einigung wurde im dem BGE 4A_371/2010 (E. 9) zugrunde liegenden Entscheid verneint, da die Beschwerdeführerin lediglich bereit gewesen sei, «einen tieferen Streitwert zu akzeptieren».

⁸⁰¹ ZÜRCHER, Streitwert, 499; ZÜRCHER, Einzelrichter, 142, insb. Fn. 330; SCHAL, Streitwert, 130; SHK MSchG-STAUß, Art. 52 N 66; GULDENER, ZPR, 111, insb. Fn. 21. DAVID, SIWR I/2, Rz 108, präzisiert dahingehend, dass das Interesse der Öffentlichkeit am Bestand des angefochtenen Schutzrechts massgebend sein soll. Ungeklärt und unklar ist das Verhältnis zwischen dem Wert eines Produkts und seinem Markenwert. Letztlich ist hierfür eher die Sicht des Endabnehmers entscheidend und das Verhältnis kann nur von Fall zu Fall beurteilt werden, ZÜRCHER, Streitwert, 504.

⁸⁰² SHK MSchG-STAUß, Art. 52 N 66; HGer ZH vom 17. Dezember 2002, HG000095, E. III.2, publ. in sic! 2003, 331 ff.; SCHNEIDER/HERGET, Rz 2353. Abweichend, auf das Interesse der Öffentlichkeit abstellend DAVID, SIWR I/2, Rz 108; HGer ZH vom 27. März 2001, HG980292, E. V.1, publ. in sic! 2001, 639 ff.

⁸⁰³ SCHRAMM, 105; HUGI, 251.

höherer Streitwert als bei einer Nichtigkeitsklage beigemessen werden.⁸⁰⁴ Feststellungsklagen haben in der Regel keinen eigenen Streitwert, da diese selten isoliert gestellt werden.⁸⁰⁵ Bei Unterlassungsklagen ist der objektive Wert der begehrten Unterlassung, d.h. das sog. Unterlassungsinteresse, zu quantifizieren.⁸⁰⁶ Dieses ist anhand der Parteiangaben zu ermitteln, wobei der klägerischen Angabe aufgrund des Angreiferinteresseprinzips wiederum besonderes Gewicht beizumessen ist.⁸⁰⁷ An den angegebenen Wert ist das Gericht indessen nicht gebunden.⁸⁰⁸ Überdies ist bei Unterlassungsklagen der Zeitfaktor zu berücksichtigen, was insb. bei vorsorglichen Massnahmen eine Rolle spielt.⁸⁰⁹ Die Parteiangaben zum Streitwert sind immer bereits zu Beginn des Prozesses einzuholen, da die Parteien in diesem Zeitpunkt – insb. im Immaterialgüterrecht – eher gewillt sind, objektive Angaben zum Streitwert zu machen.⁸¹⁰ Letztlich beruht die Festlegung des Streitwerts auf einer Schätzung der Parteien und des Gerichts. Anhand welcher Kriterien dieser Ermessensentscheid gefällt werden kann, wird nachfolgend aufgezeigt.

II. Absolute Schutzrechte

1. Quantifizierung von Nichtigkeitsklagen

273

Eine exakte Quantifizierung eines Streits um den Bestand eines absoluten Schutzrechts erscheint nahezu unmöglich. Im bemerkenswerten und die Praxis prägenden Aufsatz führt ZÜRCHER zutreffend aus, die Prozesskosten würden zuweilen «voodoo-

⁸⁰⁴ SHK MSchG-STAUß, Art. 53 N 20; Korrigendum zu MEYER, nach 564.

⁸⁰⁵ Vgl. vorne Rz 250 f. sowie Korrigendum zu MEYER, nach 564; a.A. SHK MSchG-STAUß, Art. 52 N 26.

⁸⁰⁶ SHK MSchG-STAUß, Art. 55 N 56; SCHNEIDER/HERGET, Rz 2344.

⁸⁰⁷ Vgl. vorne Rz 247 ff. Ebenso MEYER, 561.

⁸⁰⁸ SCHNEIDER/HERGET, Rz 2361. Jedoch ist der Angabe indizielle Bedeutung beizumessen, vgl. auch vorne Rz 171.

⁸⁰⁹ Vgl. ZÜRCHER, Einzelrichter, 144, und insb. 344 ff.

⁸¹⁰ MEYER, 563; SCHNEIDER/HERGET, Rz 2363. Wobei dieses Erfordernis aufgrund von Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO regelmässig erfüllt sein dürfte.

mässig» ermittelt und ins Dispositiv gesetzt.⁸¹¹ Dies rührt nicht zuletzt daher, dass sich neben kaum vorhandenen Zahlen keine höchstrichterliche Praxis bilden konnte, die nicht auf grossem Ermessen beruht. Ausserdem werden Produkte häufig durch verschiedene Immaterialgüterrechte geschützt, sodass es schwierig ist, den Wert der Rechtsbeständigkeit eines bestimmten Schutzanteils am Produkt zu beziffern.⁸¹² Nachfolgend wird hauptsächlich auf das (anschauliche) Markenrecht eingegangen, wobei bei anderen Immaterialgüterrechten weitgehend analog vorzugehen ist.

In der nunmehr konstanten Rechtsprechung zum Kennzeichenrecht hat sich dem Grundsatz nach eine von der Bedeutung des Kennzeichens abhängige Dreiteilung herauskristallisiert: Für einfache, wirtschaftlich eher unbedeutende Kennzeichen liegt der Streitwert zwischen Fr. 50'000.-- und Fr. 100'000.--, für mittlere zwischen Fr. 250'000.-- und Fr. 500'000.-- und für gewichtige Kennzeichen im Millionenbereich.⁸¹³ Der Streitwert kann sich dabei im Laufe der Zeit bei Firmen und Marken erhöhen, bei zeitlich begrenzten Schutzrechten wie Patenten, Sorten und Designs hingegen vermindern.⁸¹⁴ SCHRAMM bringt zwar zu Recht vor, eine geschätzte Zahl, welcher man nicht ansehe, woher sie stamme, erscheine «abrupt».⁸¹⁵ Mit der vorgenommenen Aufteilung wurden jedoch zumindest gewisse Anhaltspunkte geschaffen, welche als Regelstreitwerte die Vorhersehbarkeit für den Kläger in einem einigermaßen abgrenzbaren Rahmen ermöglichen, was zu begrüßen ist.⁸¹⁶ So wird sich ein Gericht schwer tun, die vom Kläger vorgebrachte Einordnung seiner Marke in eine der

⁸¹¹ ZÜRCHER, Streitwert, 496.

⁸¹² So bspw. eine designrechtlich geschützte Ausstattung, die mit einer Marke kombiniert wird. Beide Ausschliesslichkeitsrechte beeinflussen sich gegenseitig und sind kaum voneinander losgelöst zu beurteilen, vgl. SCHAI, Streitwert, 134.

⁸¹³ BGE 133 III 490 E. 3.3; BGer 4A_161/2007 E. 2; MEYER, 559 f.; SCHAI, Streitwert, 134; ZÜRCHER, Streitwert, 505; DAVID, SIWR I/2, Rz 109, insb. Fn. 187 ff. mit Hinweisen auf zahlreiche (ältere) kantonale Entscheidungen. SHK MSchG-STAUß, Art. 55 N 55, geht allgemein von einem Mindeststreitwert von Fr. 100'000.-- aus.

⁸¹⁴ DAVID, SIWR I/2, Rz 109.

⁸¹⁵ SCHRAMM, 104.

⁸¹⁶ Vgl. dazu insb. Rz 140.

drei Kategorien abweichend zu qualifizieren. Hierzu müsste es gewichtige (objektive) Gründe anführen, was kaum je möglich sein wird. Mit dieser Kategorisierung werden die Parteien zumindest ungefähr den möglichen Streitwert abschätzen können. Gerade bei nur sehr schwierig zu beziffernden Rechtsbegehren leisten die vorgeschlagenen Rahmen- bzw. Regelstreitwerte deshalb einen nicht zu unterschätzenden Dienst. Zu betonen ist, dass es sich dabei lediglich um Richtgrössen handelt und eine Abweichung, insb. bei entsprechenden Parteivorbringen und objektiven Hinweisen in den Prozessakten, ohne weiteres möglich ist.⁸¹⁷ Dies gilt auch in Bezug auf den Mindeststreitwert, welcher gerade bei einer Marke eines Start-up-Unternehmens oder eines erst wenig durchgesetzten Zeichens bisweilen als eher hoch erscheint.⁸¹⁸ Aufgrund der enormen wirtschaftlichen Bedeutung einer Marke ist auf der anderen Seite nicht leicht von einem tiefen Streitwert auszugehen, mithin wird ein Streitwert von lediglich Fr. 50'000.-- oder darunter nur in den seltensten Fällen vorkommen.⁸¹⁹

2. *Quantifizierung von negatorischen Ansprüchen*

275

Zur Quantifizierung eines Unterlassungs- bzw. Beseitigungsbegehrens, d.h. bspw. einer Markenrechtsverletzungsklage, können weitgehend die allgemeinen Grundsätze zu den Unterlassungsansprüchen herangezogen werden, wurden diese doch gerade auch im Hinblick auf das Immaterialgüterrecht herausgearbeitet.⁸²⁰ Es ist somit hauptsächlich nach dem klägerischen Interesse an der Durchsetzung des Verbots zu fragen.⁸²¹ Dieses ist anhand verschiedener Kriterien zu schätzen. In Betracht kommen dabei v.a. Anhaltspunkte, welche sich aus einem Schadenersatzbegehren oder aus im

⁸¹⁷ Für verschiedene Rechenbeispiele mit individuell vorgenommenen Korrekturen vgl. SCHRAMM, 108.

⁸¹⁸ SCHAI, Streitwert, 135.

⁸¹⁹ Vgl. etwa HGer ZH vom 17. Dezember 2002, HG000095, E. III.2, publ. in sic! 2003, 331 ff. mit Hinweis auf die «kapitale Bedeutung der Streitmarken für die Beklagten». Anders, und wohl eher (zu) tief, hingegen HGer BE vom 26. Februar 2008, HG0743, E. 17, publ. in sic! 2008, 805 ff.

⁸²⁰ Vgl. die Ausführungen vorne Rz 247 ff.

⁸²¹ DAVID, SIWR I/2, Rz 110; MEYER, 561; SCHNEIDER/HERGET, Rz 2036, 2344; ZÜRCHER, Streitwert, 496; ebenfalls BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Vor Art. 9–13a N 83.

Rahmen von vorsorglichen Massnahmen erfolgten Angaben ergeben. Oft kann der Unterlassungsanspruch in Relation zum Schaden gesetzt werden, der dem Verletzten bspw. durch unlauteres Vorgehen des Schädigers (behauptetermassen) entsteht, bzw. zu einem allfälligen Vorteil, welcher für den Kläger aus der Unterlassung resultiert.⁸²² Zu berücksichtigen gilt es in jedem Fall, dass das Verbot grundsätzlich für eine unbegrenzte Zeit ausgesprochen wird und in die Zukunft gerichtet ist, weshalb der Gesamtwert daher regelmässig ein Vielfaches des bereits eingetretenen Schadens betragen wird.⁸²³ Insb. wenn es alleine um ein Verbot des Gebrauchs einer Marke geht und andere Anhaltspunkte fehlen, kann auch der Wert der verletzten Marke – d.h. die zuvor als Regelstreitwert definierte Dreiteilung⁸²⁴ – zur Quantifizierung herangezogen werden. Nicht abzustellen ist hingegen auf den Gewinn, den der Beklagte bei Fortführung seiner rechtswidrigen Tätigkeit erzielen könnte.⁸²⁵ Massgebend sind vielmehr Kriterien wie die wirtschaftliche Bedeutung eines Schutzrechts, Umsatz- und Gewinneinbusse beim Kläger, Intensität der Verletzungshandlung, Zeitdauer (Wirkung für die Zukunft), Mächtigkeit der Parteien etc.⁸²⁶ Zu Recht wird überdies darauf hingewiesen, dass es weniger auf die Intensität einer Verletzungshandlung ankommt, sondern vielmehr auf die Bedeutung des klägerischen Rechtsguts. So kann auch bereits eine geringfügige Verletzungshandlung zu einem hohen Streitwert führen, wenn die Verletzung einer berühmten Marke beanstandet wird.⁸²⁷ Fraglich ist indes, ob auch ein Verschulden des Beklagten berücksichtigt werden darf. Dies ist m.E. zu verneinen, da die Streitwertfestsetzung keinen Sanktionscharakter hat.⁸²⁸ Mit diesen – zwar we-

⁸²² DAVID, SIWR I/2, Rz 110. Ähnlich BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Vor Art. 9–13a N 83, die dem zu erwartenden Schaden des Klägers (zumindest im UWG) Indiziencharakter beimessen.

⁸²³ SCHNEIDER/HERGET, Rz 2392. Vgl. auch vorne Rz 249.

⁸²⁴ Vgl. vorne Rz 274.

⁸²⁵ MEYER, 561.

⁸²⁶ Vgl. ZÜRCHER, Einzelrichter, 143.

⁸²⁷ ZÜRCHER, Einzelrichter, 143. Für den gewerblichen Rechtsschutz SCHRAMM, 105 f.; SCHNEIDER/HERGET, Rz 2344. Vgl. die allgemeinen Ausführungen zum Unterlassungsbegehren, insb. vorne Rz 248.

⁸²⁸ Solange das Verschulden lediglich als Kriterium zur Quantifizierung des klägerischen Interesses dient, soll die Beachtung allerdings zulässig sein, SCHNEIDER/HERGET, Rz 2371.

nig griffigen – Kriterien soll hauptsächlich den Parteien ermöglicht werden, sich zu den genannten Gesichtspunkten zu äussern und damit die Höhe des Streitwerts zu bestimmen.⁸²⁹ Erfolgen keine fundierten Äusserungen, muss eine Partei damit rechnen, dass das Gericht von einer unsubstantiierten Streitwertangabe abweichen und selbst einen Ermessensentscheid fällen wird. Mit dieser groben Schätzung haben sich die Parteien abzufinden.⁸³⁰ Andererseits kann der Richter im Rahmen seiner Fragepflicht (Art. 56 ZPO) die Parteien auffordern, den Streitwert näher zu konkretisieren oder versuchen, die Parteien zu einer Einigung zu bewegen.⁸³¹

- 276 Wenig überzeugend, wenn nicht gar untauglich, sind andere vorgeschlagene Vorgehensweisen zur Streitwertberechnung in immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten, so etwa der Versuch, den behaupteten Umsatzrückgang zu kapitalisieren oder eine Beeinträchtigung des geschäftlichen Ansehens zu quantifizieren.⁸³² Ebenfalls scheint es verfehlt, den Streitwert von Unterlassungsbegehren generell mit dem zwanzigfachen Betrag des geltend gemachten jährlichen Schadens zu beziffern.⁸³³ Denn häufig erscheint eine starre Fixierung der Schadensmultiplikation nicht adäquat. Wenig zielführend ist ausserdem das Anordnen einer separaten Gerichtsexpertise über den Streitwert, da der Rechtsstreit diesfalls nur erheblich verlängert wird und ein Gutachten bei Fehlen objektiver Anhaltspunkte regelmässig nur wenig Konkretes hervorbringen wird.⁸³⁴

⁸²⁹ SCHAI, Streitwert, 135 f., weist allerdings zu Recht darauf hin, dass die Parteien keine detaillierten Kenntnisse im Prozess offen legen werden, da es sich vielfach um Streitigkeiten zwischen Konkurrenten handelt und keine Geschäftsgeheimnisse offenbart werden sollen.

⁸³⁰ Vgl. BGer 4C.316/1999 E. 9b (nicht publ. Erw. von BGE 126 III 315, publ. in sic! 2000, 618).

⁸³¹ DAVID, SIWR I/2, Rz 112. Zur Frage, ob die Parteien zur Antwort verpflichtet sind, bzw. zur Würdigung durch das Gericht bei Unterlassen einer Antwort vgl. vorne Rz 176 ff.

⁸³² So etwa BGE 114 II 91 E. 1; 88 II 77 und 87 II 113 E. 1. Vgl. die Hinweise bei DAVID, SIWR I/2, Rz 110, sowie MEYER, 561.

⁸³³ Gl.M. KassGer ZH vom 29. Oktober 2000, publ. in sic! 2001, 340, E. 4.6c; SHK MSchG-STAUß, Art. 55 N 56.

⁸³⁴ Ebenso MEYER, 561. Vgl. ebenfalls vorne Rz 174.

III. Lauterkeitsrecht

Eine Sonderstellung im Zusammenhang mit immaterialgüterrechtlichen Streitigkeiten nehmen Verfahren wegen Verletzung des lautereren Wettbewerbs ein. Zusammen mit Streitigkeiten über den Gebrauch einer Firma (Art. 5 Abs. 1 lit. c ZPO) steht die Materie in enger Verwandtschaft mit dem Immaterialgüterrecht und es stellen sich ähnliche Probleme bei der Streitwertbemessung, weshalb sich eine analoge Vorgehensweise wie im Immaterialgüterrecht aufdrängt.⁸³⁵ Gerade in UWG-Streitigkeiten stellt sich nicht nur das Problem der Festlegung des Gebührenstreitwerts, sondern der Streitwert hat ebenfalls auf die sachliche Zuständigkeit entscheidenden Einfluss (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. d ZPO). Dabei ist die Bandbreite wettbewerbsrechtlicher Unterlassungs- und Beseitigungsbegehren überaus gross. Eine weitere Schwierigkeit besteht im Umstand, dass kein absolutes Schutzrecht existiert, dessen objektiver Wert für eine Schätzung herangezogen werden könnte.⁸³⁶ Deshalb kann der Streitwert auch hier lediglich einer groben Schätzung unterworfen werden.

Grundsätzlich ist wie bei den absoluten Schutzrechten auf das Interesse des Klägers abzustellen; es gilt also die behaupteten Auswirkungen auf die Marktposition der klagenden Partei abzuschätzen.⁸³⁷ Betreffend die Vorgehensweise, wie dieses Interesse monetär zu gewichten ist, kann auf die Ausführungen zur Unterlassungsklage verwiesen werden,⁸³⁸ wobei der wirtschaftlichen Bedeutung der Prozessparteien, der Schwe-

⁸³⁵ KUKO ZPO-HAAS/SCHLUMPF, Art. 5 N 7; Botschaft ZPO, 7260.

⁸³⁶ SCHAI, Streitwert, 136.

⁸³⁷ Vgl. im Allgemeinen BGE 114 II 91 E. 1; 104 II 124 E. 1; 87 II 113 E. 1; 82 II 77; ZÜRCHER, Streitwert, 505; BK ZPO-STERCHI, Art. 91 N 21a. Differenzierend LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 138 N 3e, welche auf das Interesse der beklagten Partei an der Fortsetzung des beanstandeten Verhaltens abstellen, sofern es sich als grösser erweist als dasjenige des Klägers an der Unterlassung. Ein solches Vorgehen steht indes im Widerspruch zum Angreiferinteresseprinzip, vgl. dazu vorne Rz 137 f.

⁸³⁸ Vorne Rz 247 ff.

re und Auswirkung der Verletzung, der Möglichkeiten in zeitlicher Hinsicht⁸³⁹ sowie dem bereits entstandenen oder erwarteten Schaden besonderes Gewicht beizumessen ist.⁸⁴⁰ Insb. sind allfällige bezifferte Schadenersatzbegehren zur Bemessung des Streitwerts heranzuziehen, da sich aus diesen regelmässig Hinweise auf das wirtschaftliche Interesse des Klägers entnehmen lassen. Die Streitwertangaben der Parteien sind von entscheidender Bedeutung, da diese mit ihren wirtschaftlichen Verhältnissen am besten vertraut sind. Eine offensichtliche Unrichtigkeit wird das Gericht daher nur mit Zurückhaltung annehmen.⁸⁴¹ Das Interesse der beklagten Partei an der Tätigkeit, welche sie unterlassen soll, ist unerheblich, sofern sich daraus nicht auf das klägerische Interesse schliessen lässt, genauso wie dasjenige von Mitbewerbern oder von Konsumenten.⁸⁴²

279

Umstritten ist, ob wie bei den absoluten Schutzrechten ein Abstellen auf Regelstreitwerte möglich ist. In der Lehre wird dies teilweise mit der Begründung abgelehnt, die Fallkonstellationen im Lauterkeitsrecht seien hierfür zu vielseitig.⁸⁴³ Dieses Argument hat zwar durchaus seine Berechtigung. Häufig fehlen aber konkrete Hinweise, welche eine exaktere Streitwertfestlegung ermöglichen, sodass es sich in der Praxis dennoch anbietet, auf gewisse Regelstreitwerte zurückzugreifen: Erscheint der Wettbewerbsverstoss nur geringfügig oder stehen Interessen von kleineren, bloss regional tätigen Unternehmen im Streit, ist der Streitwert auf rund Fr. 30'000.-- festzusetzen; er kann in Ausnahmefällen – insb. bei nur lokal tätigen Gewerben mit einer behaupteten Verletzung mit nur geringer Auswirkung auf den lokalen Markt – auch darunter liegen. Ansonsten sind einfachere und mittlere Fälle mit einem Streitwert von Fr. 50'000.--

⁸³⁹ Im Wettbewerbsrecht ist der Zeitfaktor von immenser Bedeutung, da es häufig um die Beseitigung bzw. Vorbeugung eines Marktverwirrungsschadens geht, welcher sich im Nachhinein kaum mehr beheben lässt und äusserst schwierig zu quantifizieren ist.

⁸⁴⁰ SCHAI, Streitwert, 136; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Vor Art. 9–13a N 83.

⁸⁴¹ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Vor Art. 9–13a N 84.

⁸⁴² ZÜRCHER, Streitwert, 505; SHK UWG-SPITZ, Vor Art. 12 N 19 m.w.H.

⁸⁴³ BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Vor Art. 9–13a N 83.

bis Fr. 100'000.-- zu gewichten.⁸⁴⁴ Bei wachsender Bedeutung der Streitsache und steigender Grösse der betroffenen Unternehmen kann der Streitwert sogar eine halbe Million Franken und mehr erreichen.⁸⁴⁵ Gerade im Wettbewerbsrecht darf m.E. die Höhe des Streitwerts nicht zu gering geschätzt werden, da die Schädigung ein nicht zu unterschätzendes und häufig nicht auf den ersten Blick erkennbares Ausmass annehmen kann. Zu denken ist insb. an den nicht leicht quantifizierbaren Marktverwirrungsschaden. Zwar fällt es regelmässig schwer, diesen Schaden zu substantiieren und erfolgreich vor Gericht geltend zu machen. Dass aber ein Schaden von nicht unerheblichem Ausmass eintreten kann, ist nicht zu bezweifeln. Nicht einhergehen müssen die hohen Streitwerte zwingend mit hohen Prozesskosten; diese können und sollen bei geringerem Aufwand reduziert und angepasst werden. Da Streitigkeiten rund um den lauterer Wettbewerb aufgrund der Komplexität der Materie jedoch regelmässig sowohl dem Gericht als auch den Parteien einen erheblichen Aufwand verursachen, stehen die Kosten basierend auf dem (hohen) Streitwert dazu im Allgemeinen eher selten in einem inadäquaten Verhältnis.

IV. Exkurs: Firmenrecht

Im Vordergrund bei einem Verbot des firmenmässigen Gebrauchs steht das Unterlassungsinteresse des Klägers der älteren Firma. Wie beim Kennzeichenrecht werden analoge Grundsätze angewendet, indem die Bedeutung der Klägerschaft (Kapital, Umsatz, Bekanntheit) sowie die Frage, ob die Parteien in einem Konkurrenzverhältnis stehen, eine Rolle spielen.⁸⁴⁶ In der Praxis sind schematische Schätzungen im Bereich von Fr. 50'000.-- bis Fr. 100'000.-- üblich.⁸⁴⁷ Von diesen Werten kann aber je nach Bedeutung und Wichtigkeit nach unten oder oben abgewichen werden. Für einen Streitwert von über Fr. 100'000.-- sind aber mindestens eine bekannte Klägerschaft

⁸⁴⁴ Vgl. etwa BGer 4C.9/2002 E. 1.1; ebenfalls SHK UWG-SPITZ, Vor Art. 12 N 19. Eine ähnlich gefestigte Praxis wie im Markenrecht existiert im UWG indessen nicht.

⁸⁴⁵ SCHAI, Streitwert, 136 f.

⁸⁴⁶ ZÜRCHER, Streitwert, 505.

⁸⁴⁷ HUGI, 252; ZÜRCHER, Streitwert, 505 m.w.H.

und ein umsatzmässig erheblicher Angriff nötig.⁸⁴⁸ Wiederum wird sich das Gericht regelmässig an der ungefähren Einordnung der Parteien, insb. des Klägers, orientieren (müssen).

⁸⁴⁸ Vgl. ZÜRCHER, Streitwert, 505. Ähnliche Streitwerte sind überdies in Streitigkeiten um Domainnamen anzunehmen, vgl. BGer 4C.9/2002 E. 1.1, nicht publ. Erw. in BGE 128 III 401.

§ 11 Streitwert einzelner Klageformen

A. Teilklage

Aus der Dispositionsmaxime folgt, dass ein Kläger nicht gezwungen werden kann, den 281
Gesamtanspruch seiner Forderung geltend zu machen, wenn er nur einen Teil davon einklagen will.⁸⁴⁹ Von einer Teilklage wird deshalb gesprochen, wenn der Kläger nur einen Teil der gesamten ihm behauptetermassen zustehenden Forderung einklagt, ohne auf den Rest verzichten zu wollen. Eine Teilklage unterscheidet sich somit von einer normalen Forderungsklage bloss in quantitativer und nicht auch in qualitativer Hinsicht.⁸⁵⁰ Durch die gesetzliche Normierung in Art. 86 ZPO legitimierte der Gesetzgeber das Institut der Teilklage, nachdem es bereits nach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts unbestrittenermassen anerkannt war.⁸⁵¹ Die Aufnahme der Teilklage ins Gesetz betrifft indes nicht primär die Frage von deren grundsätzlicher Zulässigkeit. Vielmehr liegt der normative Gehalt in der Akzeptanz, den Restbetrag anschliessend noch mit einer weiteren (Teil-)Klage geltend machen zu können.⁸⁵²

Neben der Unterscheidung zwischen echter und unechter Teilklage,⁸⁵³ welche 282
Bezug auf den Streitwert irrelevant ist,⁸⁵⁴ kann zwischen offener und verdeckter Teilklage differenziert werden. Bei einer offenen Teilklage wird ausdrücklich oder konkludent vorbehalten, dass es sich beim eingeklagten Betrag nur um einen Teilbetrag handelt, und das Einklagen eines weiteren Betrags in einem Nachfolgeprozess in Aussicht gestellt; es wird ein Nachklagevorbehalt angebracht. Fehlt ein solcher Vorbehalt, ist umstritten, ob das Einreichen einer weiteren Teilklage zulässig ist. Nach h.M. ist

⁸⁴⁹ Statt aller BSK ZPO-OBERHAMMER, 1. Aufl., Art. 86 N 1.

⁸⁵⁰ LOOSLI, 100; GOEPFERT, Teilklage, 133 ff.

⁸⁵¹ BGE 125 III 8 E. 3b; 99 II 172 E. 2; BGer 4C.215/1998 E. 3b, publ. in Pra 89 (2000) Nr. 172, S. 1049.

⁸⁵² BSK ZPO-OBERHAMMER, 1. Aufl., Art. 86 N 4.

⁸⁵³ Bzgl. der Unterscheidung vgl. insb. BSK ZPO-OBERHAMMER, 1. Aufl., Art. 86 N 2 ff.; Brunner/Gasser/Schwander-FÜLLEMANN, Art. 86 N 3; GOEPFERT, Teilklage, 139.

⁸⁵⁴ Vgl. RICKLI, Rz 310.

allerdings auch eine verdeckte Teilklage zulässig, da ein Nachklagevorbehalt keine besondere rechtliche Wirkung zeitigt.⁸⁵⁵ Dies muss bereits aufgrund der auf das Teilurteil beschränkten Rechtskraftwirkung gelten.⁸⁵⁶

283 In Bezug auf die Streitwertberechnung stellt sich sowohl bei der offenen wie auch bei der verdeckten Teilklage die Frage, ob sich der Streitwert auf den im Rechtsbegehren geltend gemachten Betrag zu stützen hat oder auf den tatsächlichen, hinter der Teilklage stehenden Gesamtbetrag. Nicht unproblematisch ist, dass der Kläger durch Anheben einer Teilklage eine Einflussmöglichkeit erhält, die gesetzlich vorgesehenen Streitwertgrenzen «künstlich» zu umgehen. So muss er nicht den vollen Betrag seines tatsächlichen Streitinteresses geltend machen, sondern kann im Rahmen eines «Pilotprozesses» in den Genuss geringerer Kosten resp. der gänzlichen Kostenlosigkeit eines Verfahrens kommen (Art. 114 lit. c ZPO) oder nach den Vorschriften über das vereinfachte Verfahren prozessieren. Ein solches Vorgehen bedeutet nach allgemeiner Auffassung keinen Verstoß gegen das Rechtsmissbrauchsverbot; hierzu wären zusätzlich rechtsmissbräuchliche Momente nötig.⁸⁵⁷

284 Die Frage nach der Streitwertberechnung hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der früheren Gebührenordnung des Kantons Zürich, welche ein Abstellen auf das tatsächliche Streitinteresse vorsah, dahingehend beantwortet, dass die Norm Bundesrecht widerspräche, wenn sie so ausgelegt würde, dass das Gericht zur Festlegung der Gerichtsgebühren auf den gesamten, hinter der Teilklage stehenden wirtschaftlichen Wert abstellte. Es sei folglich nur der geltend gemachte Betrag als Streitwert zu be-

⁸⁵⁵ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 14 Rz 39; BSK ZPO-OBERHAMMER, 1. Aufl., Art. 86 N 6 m.w.H.; Brunner/Gasser/Schwander-FÜLLEMANN, Art. 86 N 4; a.A. GOEPFERT, Teilklage, 147. M.E. besteht auch kein Anspruch auf Aufnahme eines solchen Nachklagevorbehalts ins Dispositiv.

⁸⁵⁶ Zur Rechtskraftwirkung bei einer Teilklage, insb. bei Abweisung der ersten Teilklage, BSK ZPO-OBERHAMMER, 1. Aufl., Art. 86 N 10 m.w.H.

⁸⁵⁷ So bspw. das Aufteilen einer Gesamtforderung in viele Kleinbeträge bloss um den Beklagten zu schikanieren oder wenn das Erheben einer negativen Feststellungsklage für die beklagte Partei aufgrund des Erfordernisses der gleichen Verfahrensart unmöglich ist. Ebenso Brunner/Gasser/Schwander-FÜLLEMANN, Art. 86 N 2. Vgl. auch bereits den Entscheid OGer ZH vom 15. Februar 1984, publ. in ZR 83 (1984) Nr. 104.

rücksichtigen.⁸⁵⁸ Diesen Ausführungen des Bundesgerichts ist durchwegs zuzustimmen. Der Kläger darf nicht «bestraft» werden, wenn er von einem (nunmehr gesetzlich) vorgesehenen Institut, welches explizit zur Beschränkung des Prozessrisikos geschaffen wurde, Gebrauch macht. Einerseits hat der Beklagte grundsätzlich die Möglichkeit, mit einer negativen Feststellungswiderklage Gewissheit über den gesamten Betrag zu erlangen,⁸⁵⁹ was sich auch im höheren Streitwert niederschlagen würde (Art. 94 ZPO). Andererseits wäre es stossend, wenn das Gericht in einem Nachfolgeprozess, in dem der Kläger die übrig gebliebene Forderung nochmals einklagt, wieder den ganzen Betrag als Streitwert annehmen würde, die unterliegende Partei mithin zweimal die Prozesskosten über den ganzen Streitwert bezahlen müsste. Der Streitwert erschöpft sich somit zu Recht im eingeklagten – und damit auch im in Rechtskraft erwachsenden – Teilbetrag. Dies gilt sowohl bei einer offenen wie auch einer verdeckten Teilklage.⁸⁶⁰ Auch ein expliziter Nachklagevorbehalt beeinflusst den Streitwert demnach nicht.⁸⁶¹

B. Nebenforderungen

I. Akzessorische Nebenforderung

Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens oder einer allfälligen Urteilspublikation des Entscheids sind gemäss Art. 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO bei der Streitwertberechnung nicht zu berücksichtigen, zumindest sofern sie als akzessorische Nebenforderungen 285

⁸⁵⁸ BGer 2C_110/2008 E. 8.3. Gleich entschied das Bundesgericht in Bezug auf die Luzerner Gebührenordnung, BGer 4A_43/2008 E. 3.4 ff.

⁸⁵⁹ Vgl. dazu ausführlich vorne Rz 337.

⁸⁶⁰ BGer 4A_386/2008. Gl.M. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPR, Rz 2.156; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 20; Brunner/Gasser/Schwander-DIGGELMANN, Art. 91 N 9; RICKLI, Rz 312 m.w.H.; POUDRET/SANDOZ-MONOD, Art. 36 N 7.4; GOEPFERT, Teilklage, 140; Bühler/Edelmann/Killer-BÜHLER, §§ 16+17 N 15; SCHAI, 124.

⁸⁶¹ BK ZPO-STERCHI, Art. 91 N 12; Bühler/Edelmann/Killer-BÜHLER, §§ 16+17 N 16; BÜRGI/SCHLÄPFER/HOTZ/PAROLARI, § 36 N 7.

neben einer Hauptforderung eingeklagt werden.⁸⁶² Nicht zum Streitwert hinzuzuzählen sind deshalb Kosten des laufenden Verfahrens wie Gerichts- und Parteikosten sowie allfällige Betreibungs-, Rechtsöffnungs-, Arrest- oder Hinterlegungskosten, aber auch Kosten für das Schlichtungsverfahren,⁸⁶³ selbst wenn sie im Rechtsbegehren genannt sind. Ebenfalls ohne Relevanz für die Streitwertermittlung – obwohl nicht ausdrücklich in Art. 91 Abs. 1 ZPO genannt – ist ein Begehren um Bestrafung des Beklagten gemäss Art. 292 StGB im Falle des Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung oder die Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen nach Art. 343 ff. ZPO.⁸⁶⁴ Diese Nebenforderungen teilen das rechtliche Schicksal der Hauptsache.⁸⁶⁵ Keinen Einfluss auf den Streitwert haben sie selbst dann, wenn sie den Wert der Hauptforderung übersteigen.⁸⁶⁶ Hingegen ist denkbar, dass sie auf den Streitwert einen Einfluss haben, wenn sie selbständig geltend gemacht werden.⁸⁶⁷ In Art. 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO

⁸⁶² Statt vieler BIRCHMEIER, 45 m.w.H.; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 28. Dieselbe Regelung gilt nach § 4 Abs. 1 DZPO auch im deutschen Recht, Stein/Jonas-ROTH, § 4 N 15; SCHNEIDER/HERGET, Rz 3982 ff.

⁸⁶³ Dies gilt jedoch nur in Bezug auf die Kosten des Schlichtungsverfahrens für das laufende Verfahren. Wurde ein Schlichtungsverfahren durchgeführt, obwohl ein solches nicht notwendig gewesen wäre (vgl. Art. 198 ZPO), gelten diese m.E. nicht als Kosten des laufenden Verfahrens i.S.v. Art. 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO und sind streitwertrelevant, sofern deren Rückerstattung verlangt wird.

⁸⁶⁴ Statt vieler ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 36 und 39. Ebenso RICKLI, Rz 336 mit Hinweis darauf, dass auch ein Begehren um Beseitigung des Rechtsvorschlags gemäss Art. 79 Abs. 1 SchKG nicht streitwertrelevant ist.

⁸⁶⁵ Vgl. BGE 137 III 47 E. 1.2; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 138 N 2c; Bühler/Edelmann/Killer-BÜHLER, § 18 N 7; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 33; HESS, 65. Nicht ausschliesslich darauf abzustellen ist, ob die Kosten in einem separaten Rechtsbegehren aufgeführt oder mit dem Hinweis auf Zins- und Kostenfolge («unter Kosten- und Entschädigungsfolgen») gefordert werden. Entscheidend ist vielmehr, ob sie als selbständige Forderung erkennbar sind, vgl. dazu insb. hinten Rz 290.

⁸⁶⁶ SHK BGG-GÜNGERICH, Art. 51 N 23.

⁸⁶⁷ Z.B. das selbständige Einklagen von Zinsen, vgl. auch SCHNEIDER/HERGET, Rz 3983. Denkbar ist auch das nochmalige Beantragen der Bestrafung des Beklagten wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung nach Art. 292 StGB, was einen Einfluss auf die Verteilung der Prozesskosten mit sich bringen kann, vgl. vorne Rz 49 f. sowie Urteil des HGer AG vom 31. August 2012, HOR.2005.69.

nicht genannte, aussergerichtlich entstandene Kosten wie Lager-, Transport-, Zoll-, Beurkundungs-, Übergabe- oder Versteigerungskosten sind selbständige Forderungen, weshalb sie bei der Streitwertberechnung zu berücksichtigen sind.⁸⁶⁸ Massgebend ist jeweils, ob es sich tatsächlich um eine direkt akzessorische Nebenforderung handelt.⁸⁶⁹ Denn auch Betreibungskosten können als eigenständige Forderung in einem selbständigen Rechtsbegehren geltend gemacht werden, wenn sie aus einer vorangehenden, den gegenwärtigen Prozess nicht direkt tangierenden Betreibung erwachsen.⁸⁷⁰ Diesfalls stellen sie ein eigenständiges Begehren dar und sind streitwertrelevant.

Von unter die objektive Klagenhäufung fallenden, nicht akzessorischen Forderungen zu unterscheiden sind Nebenbegehren wie bspw. Zinsen seit Klageeinreichung. Zwar werden solche häufig in einem separaten Rechtsbegehren geltend gemacht, sie sind aber stets abhängig von einer Hauptforderung und werden deshalb auch nicht selbständig eingeklagt. Unerheblich ist, ob es sich um vertragliche oder gesetzliche Zinsen, um Verzugszinsen oder um Schadenszinsen handelt.⁸⁷¹ Verfallene Zinsen hingegen, die selbständig als Hauptforderung im Rahmen einer Regress- oder Bereicherungsforderung eingeklagt werden, fallen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO und sind folglich bei der Streitermittlung zu berücksichtigen.⁸⁷² Trotz des engen Wortlauts und der grundsätzlich abschliessenden Aufzählung von

⁸⁶⁸ FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 20 N 2; Bühler/Edelmann/Killer-BÜHLER, § 18 N 7; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 138 N 2c.

⁸⁶⁹ Vgl. RICKLI, Rz 237.

⁸⁷⁰ Ebenso HESS, 64. Gleiches gilt für andere Prozesskosten, die im Rahmen eines zweiten Schadenersatzprozesses geltend gemacht werden, vgl. Fn. 862.

⁸⁷¹ BGE 118 II 363 mit Hinweis auf BGE 67 II 41, 64 II 134; Botschaft ZPO, 7291; GOEPFERT, Streitwertberechnung, 68 f.; DONZALLAZ, Rz 1444; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 30.

⁸⁷² Vgl. BGE 118 II 363; SUTTER-SOMM, Rz 618; Bühler/Edelmann/Killer-BÜHLER, § 18 N 6; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 20 N 3. Ebenso HESS, 63, der zwischen verfallenen und laufenden Zinsen unterscheidet, wobei er im Besonderen auf den Parteiwillen abstellt. Bspw. sind rückständige Zinsen aus einem bereits abbezahlten Kapital oder Zinsen aus einem Kontokorrentverhältnis (sofern diese während der Vertragsdauer zum Kapital geschlagen werden) als selbständige Forderung geltend zu machen.

Art. 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO sind auch natürliche Früchte vom Additionsverbot erfasst. Sie stellen das Pendant zu den juristischen Früchten dar und sind deshalb gleich wie die Zinsen zu behandeln.⁸⁷³

287

Wird eine Pfandklage mit der dadurch gesicherten Forderung verbunden, so bemisst sich der Streitwert – entgegen einiger Stimmen in Lehre und Rechtsprechung⁸⁷⁴ – ausschliesslich nach der Höhe der Forderung.⁸⁷⁵ Zwar handelt es sich formell um eine objektive Klagenhäufung. Das Pfandrecht stellt aber ein zur Hauptforderung akzessorisches Nebenrecht dar und bleibt für die Berechnung des Streitwerts deshalb unberücksichtigt, selbst wenn der Wert des Pfands jenen der Hauptforderung übersteigt.⁸⁷⁶ Denn die Tilgung der Schuld bewirkt auch den Untergang des Pfandrechts. Die abweichende Meinung beruft sich insb. auf den Umstand, dass es nicht um die gleiche wirtschaftliche Leistung gehe, da das eine Rechtsbegehren dem direkten Erhalt von Geld diene und das andere bloss der Sicherung eines Anspruchs.⁸⁷⁷ Dieses Argument überzeugt jedoch nur vordergründig, denn letztlich zielen beide Rechtsbegehren gerade auf dieselbe wirtschaftliche Leistung ab und der ökonomische Wert der Klage erhöht sich wie bei der Solidarschuldnerschaft⁸⁷⁸ tatsächlich nicht. Wird hingegen die Sicherstellung einer Forderung bzw. ein Pfandrecht allein beantragt, so ist nur dann der Wert der zu sichernden Forderung massgebend, wenn dieser kleiner ist als derje-

⁸⁷³ So explizit festgehalten in Art. 51 Abs. 3 BGG. GLM. ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 32. Diese Vorschrift war bereits in Art. 54 aOG 1874 ausdrücklich festgehalten worden, vgl. REICHEL, 53.

⁸⁷⁴ Brunner/Gasser/Schwander-DIGGELMANN, Art. 93 N 1; BGer 4D_30/2009 E. 1.1, nicht publ. Erw. in BGE 135 I 221; OGer ZH vom 4. Juni 2013, RM130014-O/U, E. 2.

⁸⁷⁵ GLM. RICKLI, Rz 259; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 93 N 10; BK ZPO-STERCHI, Art. 93 N 6; BSK BGG-RUDIN, Art. 52 N 12; POUDRET/SANDOZ-MONOD, Art. 47 N 1.2.1. Ebenso BGE 106 II 22 E. 1; 55 II 39 E. 1; BGer 4A_183/2011 E. 1.1; 4C.95/2003 E. 2.

⁸⁷⁶ BGer 4C.95/2003 E. 2; BGE 55 II 39 E. 1. Vgl. auch DONZALLAZ, Rz 1493; POUDRET/SANDOZ-MONOD, Art. 47 N 1.2.1.

⁸⁷⁷ OGer ZH vom 4. Juni 2013, RM130014-O/U, E. 2.4b i.f.

⁸⁷⁸ Zum Streitwert im Falle einer Solidarschuld vgl. ausführlich hinten Rz 293.

nige der Pfandsache.⁸⁷⁹ Bei der Kostenfestsetzung ist m.E. dem blossen Sicherungscharakter Rechnung zu tragen und das Gericht kann einen Abschlag vom Grundsatz vornehmen.

Art. 91 Abs. 1 ZPO erwähnt *expressis verbis*, dass allfällige Kosten einer Urteilspublikation nicht zum Streitwert hinzuzuzählen sind. Diese Klarstellung wurde erst auf Wunsch der Vernehmlassungsteilnehmer ausdrücklich in die Bestimmung aufgenommen.⁸⁸⁰ Damit wurde eine Angleichung an Art. 51 Abs. 3 BGG erreicht, welcher die Publikationskosten ebenfalls nicht zum Streitwert zählen lässt, und die bundesgerichtliche Rechtsprechung⁸⁸¹ zu dieser Frage normiert, was grundsätzlich zu begrüßen ist. Wichtig ist die Unterscheidung zwischen den Publikationskosten einerseits und dem Streitwert eines Antrags auf Publikation andererseits. Wie die Prozesskosten sind erstere nicht zum Streitwert zu addieren. Dies bedeutet allerdings nicht, dass das Begehren um Publikation eines Entscheids keinen eigenen Streitwert haben kann.⁸⁸² Vielmehr ist zu differenzieren, ob das Publikationsbegehren lediglich der Verstärkung der Hauptpunkte dient und deshalb in deren Streitwert aufgeht oder selbständiger Natur ist. Denn eine Urteilspublikation kann für einen Kläger ohne weiteres ein eigenständiges wirtschaftliches Interesse haben, soll doch damit z.B. im Wettbewerbsrecht einer möglichen Marktverwirrung begegnet werden.⁸⁸³ Lediglich der Umstand,

⁸⁷⁹ BGE 106 II 22 E. 1; 55 II 39 E. 1; BGer 4A_360/2012 E. 5.4. Ausdrücklich § 23 aZPO ZH. Anders aber etwa im deutschen Recht: Verlangt der Kläger eine Vormerkung, wird meist ein Bruchteil von einem Viertel bis einem Drittel der erstrebten Sicherungshypothek als Streitwert angenommen, vgl. SCHNEIDER/HERGET, Rz 773 ff., insb. Rz 774 m.w.H. sowie Rz 1619 ff.

⁸⁸⁰ Botschaft ZPO, 7291.

⁸⁸¹ BGE 63 II 184 E. 1d; 42 II 690 E. 2, welche den Charakter als Genugtuung verneinen und von einem blossen Nebenbegehren ausgehen. Noch anders BGE 37 II 138 E. 4. Offen gelassen in BGE 41 II 620 E. 2.

⁸⁸² GL.M. RICKLI, Rz 243. Vgl. ebenfalls BSK BGG- RUDIN, Art. 51 N 55.

⁸⁸³ Vgl. SCHAI, Streitwert, 137, welcher den geschätzten Streitwert einer Unterlassungsklage mit einem Publikationsbegehren zwischen 10–20 % erhöht sehen will. Ebenfalls HESS, 18, der jedoch auf die Kosten der Publikation abstellt, sowie zum deutschen Recht, SCHNEIDER/HERGET, Rz 2394. A.A. WURZBURGER, recours, Ziff. 197. Zur früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts GOEPFERT, Streitwertberechnung, 51 f.

dass der Streitwert eines solchen Begehrens schwierig zu schätzen ist, lässt ein selbständiges wirtschaftliches Interesse jedenfalls nicht entfallen. Dem Publikationsantrag kommt somit immer dann ein eigener Streitwert zu, wenn er nicht im Streitwert des Hauptbegehrens aufgeht, mithin selbst das Hauptbegehren einer vermögensrechtlichen Streitigkeit darstellt.⁸⁸⁴

II. Vorprozessuale Anwaltskosten als akzessorisches Nebenbegehren?

289

Dem Schweizer Prozessrecht immanent ist der Grundsatz, wonach die unterliegende Partei die Kosten der obsiegenden zu ersetzen hat.⁸⁸⁵ Umstritten ist indes die Frage, inwieweit ein Geschädigter gegenüber der unterliegenden Partei einen Anspruch auf Ersatz seiner vorprozessualen Anwaltskosten hat, also Kosten, die nicht durch die vom Gericht zu sprechende Parteientschädigung gedeckt sind.⁸⁸⁶ Auch mit Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung klärte sich die Frage nicht, ob sämtliche vorprozessualen Anwaltskosten nun vom Parteikostenersatz nach Art. 95 Abs. 3 ZPO gedeckt sind. Die Botschaft beantwortet die Frage nicht. Allerdings ist aufgrund von Hinweisen im Bericht zum Vorentwurf der ZPO⁸⁸⁷ wohl davon auszugehen, dass keine vollständige Abdeckung vorprozessual entstandener Kosten vorgesehen war. So geht aus dem Bericht hervor, dass Parteikosten nur solche Kosten sind, die «unmittelbar im Hinblick auf die Einleitung des Prozesses entstanden sind».⁸⁸⁸ Damit steht der

⁸⁸⁴ RICKLI, Rz 243 m.w.H.

⁸⁸⁵ Vgl. die Ausführungen vorne Rz 115.

⁸⁸⁶ Darunter fällt ebenfalls der «Schaden», welcher dem Kläger infolge eines mit seinem Anwalt vereinbarten «übertariflichen» Honorars entstanden ist, vgl. GAUCH, 198.

⁸⁸⁷ Bericht VE ZPO, 51.

⁸⁸⁸ Bericht VE ZPO, 51. GLM. STAUBER, 165 f.; BSK ZPO-RÜEGG, Art. 91 N 5 sowie Art. 95 N 20. A.A. ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, Art. 95 N 38.

Geltendmachung von weitergehenden vorprozessualen Aufwendungen, die nicht durch die Parteientschädigung abgedeckt sind, grundsätzlich nichts im Wege.⁸⁸⁹

Wann Anwaltskosten bereits durch das Prozessrecht abgegolten sind und unter welchen Voraussetzungen nicht abgeglichene, vorprozessuale Kosten tatsächlich geltend gemacht werden können, ist umstritten.⁸⁹⁰ Die Frage kann aber bei der Streitwertberechnung offen gelassen werden. Denn ob vorprozessuale Anwaltskosten streitwertrelevant sind oder als akzessorisches Nebenbegehren keinen Einfluss auf den Streitwert haben, hängt m.E. lediglich davon ab, ob der Kläger die Kosten ausdrücklich als separaten Schadensposten – und damit regelmässig als selbständig bezifferten Betrag im Rechtsbegehren – oder lediglich als akzessorische Nebenforderungen darstellende Rechtsverfolgungskosten («Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen») geltend macht. Vorprozessuale Anwaltskosten sind somit immer dann streitwertrelevant, wenn sie im Rechtsbegehren klar als selbständige Forderung erkennbar sind. Klagt der Kläger vorprozessuale Anwalts- oder Expertisekosten als Schadenersatz- und nicht als Parteikostenersatzforderung ein, sollen die angefallenen Kosten gerade nicht durch den prozessualen Anspruch, sondern als selbständiger Schadensposten abgegolten werden, und stellen ein zusätzliches Streitobjekt dar, bzw. erweitern dieses.⁸⁹¹ Freilich steht die Antwort auf die Frage, ob der Anspruch gegeben ist, dem Gericht zu; ein beziffertes Schadenersatzbegehren aufgrund einer abweichenden Qualifikation als ein bereits durch die Parteientschädigung abgeglichener Anspruch zu reduzieren, ist m.E.

⁸⁸⁹ So auch bereits BGer 4A_386/2008 E. 1.2, in welchem das Bundesgericht die Rechtsverfolgungskosten als Teil des Verspätungsschadens qualifizierte, weshalb sie zum Verzugschaden gehörten und akzessorischen Charakter hätten. Sie könnten daher nur dann selbständig geltend gemacht und bei der Streitwertberechnung berücksichtigt werden, wenn sie nicht durch das kantonale Prozessrecht abgegolten würden, mithin Raum für einen materiellrechtlichen Schadenersatzanspruch bliebe.

⁸⁹⁰ Zu dieser Frage insb. BGE 117 II 394; SCHWENZER, 418 ff. m.w.H., sowie GAUCH, 189 ff., insb. 195, der eine «absolute Schadenstheorie» vertritt. Der Ersatz des «Kosten-Schadens» konkurrierte mit dem prozessualen Anspruch auf Parteientschädigung. Ebenso TERCIER, 17 f.; STAUBER, 150 mit Hinweis auf BGE 117 II 394 E. 3a; 117 II 101 E. 4. A.A. STEIN, 641 ff.; WEBER, 3 ff.; JÄGGI, 271, die die «Verzugstheorie» befürworten.

⁸⁹¹ Vgl. dazu BGer 5C.212/2003 E. 6.3.1; SCHAI, Streitwert, 122; Bühler/Edelmann/Killer-BÜHLER, § 18 N 7; POUDRET/SANDOZ-MONOD, Art. 36 N 7.3.

jedoch nicht möglich.⁸⁹² Gleiches gilt bzgl. der Kosten von vorsorglichen Massnahme- und Beweissicherungsverfahren.⁸⁹³ Kommt das Gericht bei der materiellen Beurteilung zum Schluss, dass der Anspruch nicht gegeben ist – bspw. weil der Kläger nicht aufzeigen kann, dass die Kosten vorprozessual angefallen sind und der Anspruch deshalb bereits durch die Prozessentschädigung abgegolten ist –, beeinflusst das Begehren trotzdem die Höhe des Streitwerts. Der Kläger hat diesbezüglich überklagt.

C. Mehrheit von Ansprüchen

I. Objektive und subjektive Klagenhäufung

291

Die klagende Partei kann gemäss Art. 90 ZPO im gleichen Verfahren mehrere Ansprüche gegen die beklagte Partei geltend machen, sofern für die Ansprüche das gleiche Gericht sachlich zuständig (lit. a) sowie die gleiche Verfahrensart anwendbar ist (lit. b). Überdies muss das Gericht auch für sämtliche Ansprüche örtlich zuständig

⁸⁹² So obliegt es insb. dem Kläger, entsprechende Behauptungen aufzustellen, inwiefern der geforderte Schadensposten nicht bereits durch die Parteientschädigung abgegolten worden ist. Eine abweichende materielle Beurteilung des Gerichts muss ein Abweisen dieses Anspruchs unter Kostenfolge nach sich ziehen. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb nicht der Kläger (sondern der Beklagte) das Risiko einer abweichenden Beurteilung tragen soll.

⁸⁹³ Wohl anders BGer 4A_386/2008 E. 1.2 betreffend ein vorsorgliches Expertiseverfahren. Aufgrund der speziellen Sachlage ist der genannte Entscheid des Bundesgerichts allerdings kaum von präjudizieller Bedeutung: Der Beschwerdeführer erhob Beschwerde ans Bundesgericht über den vor Vorinstanz strittig gebliebenen Betrag von Fr. 33'470.35, wobei das zweitinstanzliche Gericht davon Fr. 8'101.-- als Parteientschädigung qualifizierte und nicht wie vom Kläger verlangt als vorprozessuale Anwalts-, Gerichts- sowie Expertisekosten aus einer vorsorglichen Beweisabnahme. Das Bundesgericht führte aus, es sei unerheblich, wie der Beschwerdegegner den Betrag von Fr. 8'101.-- bezeichnet habe. Es sei von Amtes wegen zu prüfen, ob es sich um ein akzessorisches Nebenrecht handle. Vorliegend habe die Vorinstanz den Betrag als Rechtsverfolgungskosten qualifiziert, weshalb er vom eingeklagten Betrag abzuziehen sei (E. 1.2.2). Obwohl das Bundesgericht damit scheinbar eine von der Parteibezeichnung unabhängige Qualifikation vornimmt, dürfte dieser Fall insofern speziell gelagert sein, als die Vorinstanz die Qualifikation als Parteientschädigung bereits vorgenommen hat und das Bundesgericht dies als verbindliche Feststellung erachtete. Mithin stand bereits vor Vorinstanz fest, dass es sich nicht um eigenständige vorprozessuale Kosten handelte, sondern dass diese durch die Parteientschädigung gedeckt waren.

sein.⁸⁹⁴ Die Ansprüche treten kumulativ nebeneinander; man spricht von einer objektiven Klagenhäufung oder Klagenkumulation.⁸⁹⁵ Die subjektive Klagenhäufung hingegen bezeichnet die Möglichkeit, dass mehrere Personen gemeinsam klagen (aktive Streitgenossenschaft) oder gemeinsam beklagt werden (passive Streitgenossenschaft).⁸⁹⁶ Neben der gleichen Verfahrensart ist bei dieser Form der Klagenhäufung ein innerer Zusammenhang der einzelnen Ansprüche vorausgesetzt (Art. 71 ZPO). Dieselbe sachliche Zuständigkeit wie bei der objektiven Klagenhäufung ist gesetzlich zwar nicht vorgesehen, wird als ungeschriebene Voraussetzung jedoch für alle eingeklagten Ansprüche verlangt.⁸⁹⁷ Zu unterscheiden ist die einfache Streitgenossenschaft von der notwendigen Streitgenossenschaft i.S.v. Art. 70 ZPO. Bei letzterer erfolgt kein freiwilliger Zusammenschluss, sondern die Parteienmehrheit entsteht kraft gesetzlicher Grundlage.⁸⁹⁸ Dies hat zur Folge, dass bei der notwendigen Streitgenossenschaft das streitige Rechtsverhältnis bzgl. sämtlicher Streitgenossen nur einheitlich festgestellt werden kann. Es steht somit keine Mehrheit von Ansprüchen, sondern nur eine Forderung im Streit, weshalb sich die Frage einer Zusammenrechnung der Streitwerte nicht stellt.⁸⁹⁹ Für die Streitwertberechnung bedeutet dies, dass die notwendige Streitgenossenschaft gar nicht erst in den Anwendungsbereich von Art. 93 ZPO fällt.

⁸⁹⁴ Vgl. dazu KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 90 N 3 m.w.H.

⁸⁹⁵ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Kap. 6 Rz 37 f.; HESS, 66 ff. Zu den Voraussetzungen im Einzelnen siehe insb. BSK ZPO-OBERHAMMER, 1. Aufl., Art. 90 N 3 ff.; BK ZPO-MARKUS, Art. 90 N 8 ff.; SHK ZPO-LIVSCHITZ, Art. 90 N 7 ff.; ZK ZPO-BESSENICH/BOPP, Art. 90 N 10 ff.

⁸⁹⁶ Vgl. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Kap. 4 Rz 73; BK ZPO-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 2; GULDENER, ZPR, 301.

⁸⁹⁷ BGE 138 III 471 E. 5.1. Ebenfalls statt vieler BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 10 m.w.H.; a.A. MEIER, ZPR, 62.

⁸⁹⁸ Zur Differenzierung zwischen der einfachen und der notwendigen Streitgenossenschaft im Besonderen KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 70 N 1 und Art. 71 N 1; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 71 N 5 ff., insb. N 6; SHK ZPO-HAHN, Art. 70 N 1 ff.; ZK ZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, Art. 70 N 2; BK ZPO-GROSS/ZUBER, Art. 70 N 8 ff.

⁸⁹⁹ HESS, 82; POUDRET/SANDOZ-MONOD, Art. 47 N 1.2.1 und 1.2.4; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 15 Rz 10; BSK BGG-RUDIN, Art. 52 N 10; Bühler/Edelmann/Killer-BÜHLER, § 18 N 3.

II. Einfache Streitgenossenschaft

1. *Addition als Grundsatz*

292 Streitpunkt verschiedener Diskussionen ist die Frage der Behandlung des Streitwerts einer einfachen Streitgenossenschaft: Gemäss dem (an und für sich klaren) Wortlaut der Bestimmung von Art. 93 Abs. 1 ZPO müssen die Rechtsbegehren einer Klage von oder gegen mehrere(n) Personen ohne Einschränkung addiert werden, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen. Von Interesse ist die Frage, ob dies für alle Fälle tatsächlich die richtige Folge ist. Denn eine simple Forderungsklage auf Fr. 10'000.-- von zehn aktiven Streitgenossen ergäbe folglich einen Streitwert von Fr. 100'000.--. Dass dies zutrifft, ist bei Klagen auf verschiedene Leistungen weitgehend unbestritten, da der wirtschaftliche Wert erhöht wird.⁹⁰⁰ Klagen z.B. zehn Beauftragte mit jeweils einem eigenen Anspruch gegen den gleichen Auftraggeber, steht ausser Diskussion, dass die einzelnen Streitwerte zu addieren sind. Folge davon ist, dass sich die Prozesskosten anhand des kumulierten Streitwerts bestimmen. Überschreitet das Total der mehreren Ansprüche die geforderte Streitwertgrenze der Berufung, steht ausserdem jedem Streitgenossen selbständig die Berufung gegen den erstinstanzlichen Entscheid offen, selbst wenn der von ihm oder gegen ihn erhobene Anspruch alleine den dafür notwendigen Streitwert nicht erreicht.⁹⁰¹

293 Uneinig ist sich die Lehre jedoch, ob dies auch gilt, wenn bloss eine Leistung zur Diskussion steht, also für den Fall einer echten einfachen Streitgenossenschaft. Hierbei geht es vornehmlich um Streitigkeiten über Solidar- und Teilobligationen.⁹⁰² Folgendes Beispiel: Ein Gläubiger erhebt Klage gegen drei Schuldner auf solidarische Bezahlung von Fr. 1 Mio. Folgt man dem oben Ausgeführten, wäre in diesem Beispiel der Streitwert nicht nur Fr. 1 Mio., sondern Fr. 3 Mio.; so etwa entschieden durch das

⁹⁰⁰ Vgl. Botschaft ZPO, 7291. Vgl. ebenfalls BGer 4A_571/2010 E. 1.1 m.w.H.

⁹⁰¹ BGE 63 II 20 E. 1; HESS, 69; KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 93 N 2.

⁹⁰² Vgl. HESS, 81 f. Zur Unterscheidung zwischen echter und unechter einfacher Streitgenossenschaft insb. FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 19 N 1 m.w.H.

Obergericht des Kantons Zürich.⁹⁰³ Eine Minderheit der Lehre argumentiert demnach, dass die Klagen auch separat eingereicht werden könnten und es insofern um verschiedene Ansprüche gehe, weshalb die Ansprüche zu addieren seien.⁹⁰⁴ Eine weitergehende Unterscheidung, welche Forderung im Streit steht, findet nicht statt. Es wird am Wortlaut festgehalten und nicht weiter differenziert, sodass die geltend gemachten Ansprüche stets zusammenzurechnen sind.

Diese Betrachtung von Art. 93 Abs. 1 ZPO greift zu kurz. Mit dem wohl überwiegen-
den Teil der Lehre ist das Festhalten an der formellen gemeinsamen Klagemöglichkeit
zu undifferenziert und eine Zusammenrechnung im Falle einer Klage mehrerer Soli-
dargläubiger oder gegen mehrere Solidarschuldner zu verneinen. Vielmehr überzeugt
die Begründung, dass keine Zusammenrechnung bei einer Forderung einer echten
einfachen Streitgenossenschaft erfolgt, da diesfalls keine Mehrheit von Forderungen
bzw. Streitobjekten besteht, sondern tatsächlich nur ein einzelner Anspruch im Streit
liegt.⁹⁰⁵ Diese Auffassung geht zwar nicht ohne weiteres aus dem Wortlaut von Art. 93
Abs. 1 ZPO hervor, muss aber bei genauer Betrachtung die logische Folge sein. Denn
der Zulassung von mehreren Ansprüchen in einem Verfahren liegt zum einen das
Bestreben zugrunde, den Parteien eine Kostenersparnis zu ermöglichen, zum anderen
soll das Verfahren vereinfacht und das Gericht entlastet werden. Die Geltendmachung
mehrerer Ansprüche in einem Verfahren soll daher die Kompetenz eines Gerichts

294

⁹⁰³ OGer ZH vom 24. August 2011, LB110028-O/Z03, E. 3.3. Dieser Entscheid wurde in der Folge vom Bundesgericht aufgehoben (vgl. die nachfolgenden Ausführungen).

⁹⁰⁴ Brunner/Gasser/Schwander-DIGGELMANN, Art. 93 N 1; nicht differenzierend GASSER/RICKLI, Art. 93 N 1. Vgl. ebenfalls Botschaft ZPO, 7291 f., welche keine Unterscheidung trifft.

⁹⁰⁵ GLM. BK ZPO-STERCHI, Art. 93 N 6; KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 93 N 3; BSK ZPO-RÜEGG, Art. 93 N 2; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 93 N 9; BSK BGG-RUDIN, Art. 52 N 12; POUDRET/SANDOZ-MONOD, Art. 47 N 1.2.1; BIRCHMEIER, 156. Zum kantonalen Recht: FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 19 N 5; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 139 N 1 f; Bühler/Edelmann/Killer-BÜHLER, § 18 N 3; STUDER/RÜEGG/EIHLER, § 19 N 3. Ähnlich bereits BGE 103 II 41 E. 1a: «[...] sont additionnés, même lorsqu'ils portent sur des objets distincts [...] » («[...] auch wenn sie nicht den gleichen Gegenstand betreffen, für die Berechnung des Streitwertes zusammengerechnet [...]»), Pra 66 [1977] Nr. 152, S. 369 f.). Zum deutschen Recht: SCHNEIDER/HERGET, Rz 3441.

nicht begründen, sondern setzt diese voraus.⁹⁰⁶ Zur Konsequenz hätte eine Addition ausserdem, dass zwei jeweils separat vertretene Kläger u.U. nicht nur je eine eigene Parteientschädigung (im Gutheissensfall) geltend machen könnten – was bereits grundsätzlich umstritten ist –, sondern zudem der doppelte Streitwert zur Berechnung der einzelnen Entschädigung zugrunde zu legen wäre. Eine solche Erhöhung der Kosten im Fall der Solidarität rechtfertigt sich nicht und widerspräche dem Prinzip, dass sich die Kosten am Wert des Streitobjekts zu orientieren haben. Demnach ist mit dem jüngsten bundesgerichtlichen Entscheid⁹⁰⁷ stets zu differenzieren, ob es sich tatsächlich um mehrere Streitgegenstände handelt (unechte einfache Streitgenossenschaft) oder ob bei einer Klage mehrerer oder gegen mehrere nur ein Streitgegenstand (echte einfache Streitgenossenschaft) vorliegt. Im letzteren Fall handelt es sich nicht um mehrere Ansprüche i.S.v. Art. 93 Abs. 1 ZPO, weshalb ihre Streitwerte für sämtliche Streitwertarten nicht zusammenzurechnen sind.

2. *Verfahrensstreitwert*

295

Ausdrücklich keine Zusammenrechnung bei subjektiver Klagenhäufung erfolgt in Bezug auf den Verfahrensstreitwert (Art. 93 Abs. 2 ZPO). Die Verfahrensart richtet sich mithin nach dem Streitwert der von den einzelnen Streitgenossen geltend gemachten Ansprüche. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass ansonsten die Bildung von Streitgenossenschaften im Bereich des sozialen Privatrechts faktisch ausgeschlossen wäre.⁹⁰⁸ Schliessen sich z.B. mehrere Arbeitnehmer zusammen, um ihren Lohnanspruch von jeweils Fr. 15'000.-- geltend zu machen, so kommt trotz höherem Streitwert auf jeden Fall das vereinfachte Verfahren zur Anwendung.⁹⁰⁹ Dies

⁹⁰⁶ Vgl. dazu HESS, 66 f., mit Hinweis auf das alte Recht und die Lehre von der Bedeutung der Klagenkumulation, aus welcher generell die Nichtzusammenrechnung folge.

⁹⁰⁷ BGE 139 III 24 E. 4.2 sowie im Parallelverfahren BGer 4A_373/2012 E. 4.2; publ. in SZZP 2013 S. 109 f.

⁹⁰⁸ Botschaft ZPO, 7291; KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 93 N 8. Ähnlich BK ZPO-STERCHI, Art. 93 N 8, der allerdings den Ausschluss des Zusammenrechnens nicht bei einer passiven Streitgenossenschaft gelten lassen will, da das vereinfachte Verfahren in diesem Fall nicht praktikabel sei.

⁹⁰⁹ Vgl. Botschaft ZPO, 7281.

hat zur Konsequenz, dass für den Gesamtstreitwert die Forderungen zwar zusammenzuzählen sind, für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Streitgenossenschaft aber für jede einzelne Forderung das Verfahren separat bestimmt werden muss. Klagt also der Kläger 1 auf Fr. 10'000.-- und die anderen auf je Fr. 35'000.-- aus demselben Rechtsgrund, ist in Bezug auf den Kläger 1 eine einfache Streitgenossenschaft unzulässig, da für diese Forderung das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt.⁹¹⁰ Folgerichtig ist bei einem Nichteintretensentscheid auf die Klage des Klägers 1 nur dieser zur Berufung legitimiert und eine Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht ist nicht möglich.⁹¹¹

Wenn mehrere Klagen vom Gericht vereinigt (i.S.v. Art. 125 lit. c ZPO) werden, ist entsprechend Art. 93 Abs. 1 ZPO vorzugehen und die Streitwerte sind zusammenzurechnen, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen.⁹¹² Insb. Rechtsmittel- und Gebührenstreitwert richten sich nach dem neuen, meistens höheren Streitwert. Die beiden einzeln eingeholten Kostenvorschüsse werden dabei aufgrund der degressiv ausgestalteten Kostentarife regelmässig höher sein, als die auf dem addierten Gesamtstreitwert basierenden definitiven Kosten, weshalb kein weiterer Kostenvorschuss verlangt werden darf. Nach Art. 93 Abs. 2 ZPO wird die Verfahrensart gewahrt. Eine Trennung von Klagen und das Behandeln in zwei Entscheidungen (i.S.v. Art. 125 lit. d ZPO) hat hingegen keine Auswirkungen auf den (Rechtsmittel-)Streitwert.⁹¹³ 296

III. Objektive Klagenhäufung

1. Addition als Grundsatz

Nachdem der einzige Zweck der Klagenkumulation im praktischen Ziel der Vereinfachung eines Verfahrens liegt, darf ein Kläger bereits dann mehrere Ansprüche in ei- 297

⁹¹⁰ Vgl. Art. 71 Abs. 2 ZPO sowie OGer ZH vom 21. Oktober 2011, LB110063-O/U01.

⁹¹¹ OGer ZH vom 21. Oktober 2011, LB110063-O/U01, E. 4.2.

⁹¹² ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 93 N 14. Dies gilt dann nicht, wenn eine Vereinigung mehrere Kläger oder Beklagte nicht zu Streitgenossen macht, vgl. BAUMANN, 286 m.H. auf BGE 86 II 59.

⁹¹³ Vgl. BGE 112 II 510 E. 1b; RICKLI, Rz 394; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 93 N 15.

nem Verfahren zur Beurteilung vorlegen, wenn er glaubt, damit rascher und günstiger zum Ziel zu kommen. Eine Konnexität ist nicht erforderlich, zumindest falls ein Gericht für die Beurteilung aller Begehren örtlich zuständig ist.⁹¹⁴ Zudem müssen die Zulässigkeitsvoraussetzungen von Art. 90 ZPO gegeben sein, welcher die gleiche sachliche Zuständigkeit sowie dieselbe Verfahrensart für jeden Anspruch vorschreibt. Sind diese Erfordernisse erfüllt, erfolgt nach Art. 93 Abs. 1 ZPO grundsätzlich eine Zusammenrechnung der Streitwerte der geltend gemachten Ansprüche. Wie bei der einfachen Streitgenossenschaft ist indes vorausgesetzt, dass es sich überhaupt um verschiedene Ansprüche handelt.⁹¹⁵ Solche liegen auch bei Klagen vor, in welchen Verschiedenes gestützt auf das gleiche Rechtsverhältnis geltend gemacht wird (z.B. Verbindung eines Unterlassungs- mit einem Schadenersatzanspruch aus der gleichen Markenrechtsverletzung) sowie wenn aus verschiedenen Rechtsverhältnissen Ansprüche im gleichen Verfahren zu behandeln sind.⁹¹⁶

298

Widersprüchlich ist die Praxis des Bundesgerichts, wonach bei einer objektiven Klagenhäufung die nicht mehr streitigen Rechtsbegehren nur dann zum Rechtsmittelstreitwert hinzuzurechnen sind, wenn sie mit den noch streitigen Rechtsbegehren zusammenhängen.⁹¹⁷ Dies widerspricht Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG klar und läuft faktisch auf eine (teilweise) Berücksichtigung des Gravamens hinaus.⁹¹⁸ POUDRET kritisiert denn auch zu Recht die Weiterführung der bestehenden bundesgerichtlichen Praxis.

⁹¹⁴ Soll die örtliche Zuständigkeit ebenfalls durch die objektive Klagenhäufung begründet werden, setzt Art. 15 Abs. 2 ZPO zusätzlich einen sachlichen Zusammenhang voraus. Vgl. dazu KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 90 N 3 f.; Botschaft ZPO, 7290; ebenso HESS, 71.

⁹¹⁵ Vgl. vorne Rz 293. Ebenso im deutschen Recht, Stein/Jonas-ROTH, § 5 N 1.

⁹¹⁶ Vgl. SCHAI, Streitwert, 122; HESS, 79. Keine Addition der Ansprüche erfolgt, wenn neben der Forderung eines bestimmten Betrags die (definitive) Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts über dieselbe Forderung verlangt wird. Hier liegt zwar eine objektive Klagenhäufung vor, allerdings sind die Streitwerte aufgrund der Akzessorietät des Pfandrechts nicht zu addieren, vgl. vorne Rz 287.

⁹¹⁷ BGE 134 III 237 E. 1.2 mit Verweis auf BGE 99 II 125 E. 1. In letzterem Entscheid waren die verschiedenen Rechtsbegehren allerdings durch das Gericht vereinigt worden, was für den Rechtsmittelstreitwert aber keine Rolle spielen darf.

⁹¹⁸ Vgl. zum Gravamensystem vorne Rz 100 ff.

Konsequenterweise drängte sich hier eine Anpassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf.⁹¹⁹

2. *Verfahrensstreitwert*

Ein Problem kann sich bzgl. der Verfahrensart bei kumulierten Ansprüchen ergeben. Ein Kläger vermag nur dann von den Vorteilen des vereinfachten Verfahrens zu profitieren, wenn sämtliche gleichzeitig geltend gemachten Begehren zusammen Fr. 30'000.-- nicht übersteigen. Denn anders als bei der einfachen Streitgenossenschaft bleibt die Verfahrensart trotz Zusammenrechnens des Streitwerts nicht erhalten. Eine Klagenhäufung ist aber gleichwohl möglich, wenn sich die unterschiedliche Verfahrensart lediglich aufgrund des Streitwerts ergibt, wenn also Ansprüche im ordentlichen (über Fr. 30'000.--) und andere im vereinfachten Verfahren (unter Fr. 30'000.--) zu beurteilen wären.⁹²⁰ Zur Anwendung gelangen diesfalls infolge der Addition die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens.

Fraglich ist hingegen die Vorgehensweise, wenn neben einen Anspruch von unter Fr. 30'000.-- noch ein Anspruch, der aufgrund von Art. 243 Abs. 2 ZPO streitwertunabhängig ebenfalls nach den Vorschriften über das vereinfachte Verfahren zu beurteilen ist, hinzutritt und die Summe Fr. 30'000.-- übersteigt. Dem Gesetzeswortlaut folgend – Art. 93 Abs. 2 ZPO gilt nur für die einfache Streitgenossenschaft und nicht für die objektive Klagenhäufung – müssten die Streitwerte der Ansprüche addiert werden, womit aufgrund von Art. 243 Abs. 1 ZPO das ordentliche Verfahren zur Anwendung käme, sofern sie zusammen die Schwelle von Fr. 30'000.-- überschreiten, obwohl die beiden Ansprüche separat betrachtet (wovon einer zwingend) dem vereinfachten Verfahren unterlägen. M.E. lässt es sich deshalb vertreten, Art. 93 Abs. 2 ZPO teleologisch so zu ergänzen, dass auch bei einer objektiven Klagenhäufung von Streitigkeiten, welche zumindest einen Anspruch beinhalten, der nach Art. 243 Abs. 2 ZPO

⁹¹⁹ POUDRET, 99 ff, insb. 102; bereits auch POUDRET/SANDOZ-MONOD, Art. 47 N 1.2.3. Gl.M. RICKLI, Rz 262 mit ähnlicher Kritik.

⁹²⁰ BK ZPO-MARKUS, Art. 90 N 14 m.w.H.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPR, Rz 6.29 1. Lemma; RICKLI, Rz 261.

stets dem vereinfachten Verfahren unterliegt, bei der Verfahrensbestimmung keine Streitwertaddition erfolgt.⁹²¹

3. *Zuständigkeitsstreitwert; handelsgerichtliche Zuständigkeit im Besonderen*

301

In gewissen Konstellationen stellen sich bei der objektiven Klagenhäufung bzgl. der sachlichen Zuständigkeit, insb. bei der Zuständigkeit eines Handelsgerichts, gewisse Fragen. Ist die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen vom Streitwert abhängig, ist fraglich, wie sich das Verhältnis zwischen Art. 90 und Art. 93 ZPO gestaltet. Nach dem Wortlaut von Art. 90 ZPO ist für eine objektive Klagenhäufung vorausgesetzt, dass für sämtliche Begehren das gleiche Gericht sachlich zuständig ist (Art. 90 lit. a ZPO). Bei starrem Festhalten an diesem Wortlaut könnte mithin ein Handelsgericht nur dann für mehrere Ansprüche angerufen werden, wenn jeder einzelne die Streitwertschwelle von Fr. 30'000.-- (vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO) überschreitet.⁹²² Eine solche Sichtweise greift m.E. zu kurz. Zunächst ist zu beachten, dass das Erreichen der Streitwertschwelle aufgrund des Verweises in Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO anhand von Art. 52 BGG zu beurteilen ist. Dies hat aufgrund der Identität der Bestimmung mit Art. 93 Abs. 1 ZPO zwar keine direkten Konsequenzen. Das Gericht wird vorab seine Zuständigkeit prüfen, wozu es die Streitwerte nach Art. 93 Abs. 1 ZPO zusammenzurechnen hat, sofern sich die Ansprüche nicht gegenseitig ausschliessen. Erst wenn der Gesamtstreitwert aller Ansprüche Fr. 30'000.-- erreicht, wird es zur Prüfung schreiten, ob die Verbindung der Ansprüche zulässig ist. Dies ist stets zu bejahen, zumindest wenn die sachliche Zuständigkeit nur

⁹²¹ GL.M. ZK ZPO-HAUCK, Art. 243 N 15. Als Beispiel verweist HAUCK auf eine Klage eines Mieters aufgrund eines missbräuchlichen Mietzinses (Art. 243 Abs. 2 lit. b ZPO) gegen den Vermieter, welche zusammen mit einer Forderungsklage über Fr. 30'000.-- geltend gemacht wird; diesfalls kommt das ordentliche Verfahren zur Anwendung. Ähnlich LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPR, Rz 6.29 2. Lemma.

⁹²² So etwa HGer BE vom 16. Oktober 2012, HG 12 145, E. 7. Dabei betont es, dass die Ansprüche verschiedenartig seien und deshalb nicht in einem Zusammenhang stünden.

vom Streitwert abhängig ist.⁹²³ Hierfür sprechen hauptsächlich Gründe der Prozessökonomie und das Interesse an widerspruchsfreier Urteilsfindung. Es muss insb. dann gelten, wenn die gehäuften Ansprüche in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen, drängt sich aber ebenso auf, wenn die sachliche Zuständigkeit ausschliesslich vom Streitwert abhängt.⁹²⁴ Unzulässig ist eine objektive Klagenhäufung allerdings, wenn für mindestens einen Anspruch das Arbeits- oder Mietgericht sachlich zuständig ist, da einer Partei das Spezialgericht nicht entzogen werden darf (vgl. Art. 90 lit. a ZPO).

IV. Gegenseitiger Ausschluss der Ansprüche

1. Keine Zusammenrechnung der Streitwerte

Keine Zusammenrechnung der Streitwerte mehrerer Ansprüche erfolgt nach Art. 93 Abs. 1 ZPO, wenn sich diese gegenseitig ausschliessen, d.h., wenn die Gutheissung des einen Begehrens automatisch und zwingend zur Abweisung des anderen Begehrens führt.⁹²⁵ Gleiches gilt für Ansprüche, welche ineinander aufgehen.⁹²⁶ Der Streitwert bestimmt sich diesfalls analog zu Art. 94 Abs. 1 ZPO nach dem höheren Begehren.⁹²⁷ Der Ausschluss kann sich dabei aus dem materiellen Recht ergeben, z.B. schliesst die Wandelung eine Minderung aus, oder aus dem Willen des Klägers, z.B. durch Stellen

⁹²³ Ebenso BK ZPO-MARKUS, Art. 90 N 14; KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 90 N 5a; Brunner/Gasser/Schwander-FÜLLEMANN, Art. 90 N 6; ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 90 N 10; Gehri/Kramer-MOHS, Art. 90 N 1 i.f.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPR, Rz 6.29 1. Lemma; HAAS/SCHLUMPF, 306 i.f. Ebenfalls BezGer ZH vom 5. September 2011, CG110051-L, E. 4.2; demgegenüber aber HGer BE vom 16. Oktober 2012, HG 2012, HG 12 145, E. 7.

⁹²⁴ KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 90 N 5a m.w.H. Ähnlich BERGER, 477; BK ZPO-BERGER, Art. 6 N 30.

⁹²⁵ Vgl. auch die Ausführungen zur Widerklage, hinten Rz 333. Der Begriff des gegenseitigen Ausschlusses hat in beiden Fällen dieselbe Bedeutung.

⁹²⁶ Vgl. MESSMER/IMBODEN, 87.

⁹²⁷ RICKLI, Rz 260 m.w.H.

eines eventuellen Begehrens.⁹²⁸ Keine Mehrheit von Ansprüchen liegt vor bei blosser Gesetzeskonkurrenz, mithin wenn ein und derselbe Tatbestand bei anderer Begründung unter verschiedene Gesetzesregeln fällt.⁹²⁹ Steht einer Partei ein Wahlrecht zu, d.h. bei Vorliegen von alternativer Klagenhäufung,⁹³⁰ hat ebenfalls keine Zusammenrechnung zu erfolgen. Umstritten ist indes, welcher Streitwert im Falle alternativer Ansprüche massgebend ist. Insb. mit POUDRET ist jeweils auf den niedrigeren Wert abzustellen, da sich der Beklagte mutmasslich für dieses Streitobjekt entscheiden wird.⁹³¹ Dies hat m.E. zumindest für die vorläufige Streitwertfestsetzung zu gelten; sollte die Wahl des Beklagten wider Erwarten trotzdem auf die höhere Alternative fallen, wäre eine Anpassung bei der Festlegung des definitiven Streitwerts durchaus denkbar.

2. *Eventualbegehren*

303

Hauptanwendungsfall eines gegenseitigen Ausschlusses ist das Stellen eines Eventualbegehrens. Es kommt nur dann zum Tragen, wenn das Hauptbegehren abgewiesen oder darauf nicht eingetreten wird.⁹³² Eine Kumulation der beiden Ansprüche ist daher ausgeschlossen. Offen ist allerdings, ob man das Eventualbegehren bei der Streitwertberechnung überhaupt nicht berücksichtigen oder ob das jeweils höhere (Haupt- oder Eventual-)Begehren massgebend sein soll. Mit Art. 91 Abs. 1 Satz 2 ZPO

⁹²⁸ ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 93 N 12; SHK ZPO-SCHLEIFFER MARAIS, Art. 93 N 9; BK ZPO-STERCHI, Art. 93 N 5b; BSK BGG-RUDIN, Art. 52 N 13; SHK BGG-GÜNGERICH, Art. 52 N 3; DONZALLAZ, Rz 1492; Bühler/Edelmann/Killer-BÜHLER, § 18 N 1; BAUMANN, 286; HESS, 78. Ein Ausschluss aus materiellem Recht kann sich m.E. aber nur dann ergeben, wenn der Kläger fälschlicherweise vergisst, ein Eventualbegehren zu stellen. Im Normalfall werden sich gegenseitig ausschliessende Rechtsbegehren sinnvollerweise gerade eventualiter vorgebracht.

⁹²⁹ Ähnlich HESS, 73 ff., insb. 77, mit Hinweis auf die Unterscheidung zwischen Gesetzeskonkurrenz und materiellrechtlicher Anspruchskonkurrenz.

⁹³⁰ Alternative Begehren liegen bspw. im Falle einer Wahlobligatio (Art. 72 OR) vor, vgl. Bühler/Edelmann/Killer-BÜHLER, § 18 N 2.

⁹³¹ POUDRET/SANDOZ-MONOD, Art. 36 N 3.2 i.f. Ebenso RICKLI, Rz 255; HESS, 78; GOEPFERT, Streitwertberechnung, 20; BK ZPO-STERCHI, Art. 93 N 5a; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 21; a.A. Bühler/Edelmann/Killer-BÜHLER, § 18 N 2.

⁹³² Statt vieler SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Kap. 7 Rz 67.

hat sich der Gesetzgeber für die erste Variante entschieden. Aufgrund des Gesetzeswortlauts besteht m.E. entgegen einigen Lehrmeinungen zu den früheren kantonalen Gesetzen⁹³³ unter der eidgenössischen ZPO kein Spielraum mehr.⁹³⁴ Haupt- und Eventualbegehren schliessen sich immer gegenseitig aus und werden deshalb in keinem Fall wie bei einer objektiven Klagenhäufung gemäss Art. 93 Abs. 1 ZPO zusammenge-rechnet. Die Nennung in Art. 91 Abs. 1 ZPO dient folglich nur der Klarstellung und hat keine selbständige Bedeutung. Freilich wäre die Behandlung des Eventualbegehrens systematisch betrachtet unter Art. 93 ZPO angezeigt gewesen. Ein Abstellen auf den jeweils höheren Betrag lässt sich durch den gegenseitigen Ausschluss jedenfalls nicht begründen, v.a. wenn nur der Hauptantrag zur Beurteilung gelangt. Auch wenn der Wortlaut von Art. 91 Abs. 1 ZPO nicht ausdrücklich das Abstellen auf den Streitwert des höheren Begehrens verbietet,⁹³⁵ wäre ein solches Vorgehen wohl nur schwierig mit der Dispositionsmaxime zu vereinbaren und das Gericht würde eine Beachtung eines ihm nicht unterbreiteten Rechtsbegehrens vornehmen. Im Ergebnis ist daher nicht vom klaren Wortlaut abzuweichen und ein Eventualbegehren, welches nicht zur Beurteilung gelangt, hat unberücksichtigt zu bleiben.

Anders gelagert ist der Fall, wenn der Hauptantrag abgewiesen wird und das Eventualbegehren zur Beurteilung kommt. Hier tritt das Eventualbegehren nunmehr wie vom Kläger eventualiter beantragt an die Stelle des Hauptantrags, weshalb es sich zwar auch weiterhin nicht rechtfertigt, eine Kumulation der beiden Begehren anzunehmen. Allerdings ist nunmehr auf das höhere Rechtsbegehren abzustellen, nach-

304

⁹³³ Zum kantonalen Recht noch bspw.: Bühler/Edelmann/Killer-BÜHLER, § 18 N 2; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 138 N 1g; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, ZPO, Art. 74 N 2; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 38 m.w.H. auf die kantonale Rechtsprechung.

⁹³⁴ Im Ergebnis ebenso ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 38; Brunner/Gasser/Schwander-DIGGELMANN, Art. 91 N 9; BSK ZPO-RÜEGG, Art. 91 N 5. A.A. RICKLI, Rz 272; BK ZPO-STERCHI, Art. 91 N 12; KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 91 N 11 sowie Art. 93 N 4.

⁹³⁵ So argumentierend etwa RICKLI, Rz 272.

dem der Anspruch mit dem allenfalls höheren Streitwert zur Beurteilung gelangt.⁹³⁶ Die einmal begründete Zuständigkeit sowie die Verfahrensart sind hingegen beizubehalten.⁹³⁷ Der Streitwert des Hauptbegehrens kann noch insoweit berücksichtigt werden, als er die Beurteilung des Verhältnisses zwischen Obsiegen und Unterliegen mitbeeinflussen kann. Denn die Verteilung der Prozesskosten wird gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO nach dem Ausgang des Verfahrens beurteilt, weshalb eine Abweisung des Hauptantrags in gewissen Konstellationen auch in die Gesamtbetrachtung einfließen kann.

D. Unbezifferte Forderungsklage

I. Rechtsnatur und Terminologie

305

Ein Rechtsbegehren ist stets so zu formulieren, dass es bei vollständiger Gutheissung in das Urteilsdispositiv aufgenommen werden kann.⁹³⁸ Bei einer Forderungsklage bedeutet dieser Grundsatz, dass sie genau beziffert sein muss. Als Ausnahme hierzu eröffnet das Gesetz der klagenden Partei die Möglichkeit, eine unbezifferte Forderungsklage zu erheben, bei welcher sie einstweilen von der Bezifferung der Höhe ihres Anspruchs absehen kann.⁹³⁹ Die unbezifferte Forderungsklage steht somit in einem

⁹³⁶ Ebenso BGer 4A_46/2016 E. 1.3; ähnlich BGer 5A_727/2009 E. 4.2 und bereits BGE 51 II 156 E. 1, allerdings zum alten Recht. G.M. BAUMANN, 286 Fn. 46; HESS, 78; KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 93 N 4, mit entsprechendem Hinweis auf die Praxis. Es scheint indessen fraglich, ob das Stellen eines höheren Eventualbegehrens überhaupt zulässig ist, wobei dieser Fall in der Praxis eher selten vorkommen dürfte. Die Zulässigkeit eines Eventualantrags, mit welchem mehr verlangt wird als mit dem Hauptbegehren, bejahend STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 10 N 44; a.A. BAUMANN, 286.

⁹³⁷ Zu denken ist an folgendes Beispiel: Der Hauptsanspruch im Streit zweier Aktiengesellschaften mit einem Streitwert von Fr. 25'000.-- wird vom Bezirksgericht abgewiesen; eventualiter wird eine Forderung von Fr. 35'000.-- geltend gemacht. Diese unterstünde gegebenenfalls zwar der Beurteilung durch das sachlich zuständige Handelsgericht. Da die Zuständigkeit des Bezirksgerichts indes bereits begründet worden ist, ist diese aus prozessökonomischen Überlegungen beizubehalten.

⁹³⁸ ZÜRCHER, Einzelrichter, 120 f.; VOGEL, 58; KUKO ZPO-OBERHAMMER, Vor Art. 84–90 N 3.

⁹³⁹ KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 85 N 4 ff.; BAUMANN WEY, Rz 23 ff.

gewissen Spannungsfeld zur Dispositionsmaxime, da der Richter gerade nicht zusprechen kann, was der Kläger verlangt, und der Beklagte nicht bereits bei Prozessbeginn weiss, in welchem Umfang ihn der Kläger belangen will. Aus diesem Grund war die Zulässigkeit eines unbezifferten Begehrens früher umstritten und die kantonalen Zivilprozessordnungen sahen vor Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO unterschiedliche (oder überhaupt keine) Regelungen vor.⁹⁴⁰ Mit der Normierung der unbezifferten Forderungsklage in Art. 85 ZPO hat der Gesetzgeber deren Zulässigkeit nun explizit festgehalten. Um den Konflikt zwischen dem klägerischen Informationsdefizit einerseits und dem Anspruch des Beklagten auf Vorhersehbarkeit des Prozessrisikos andererseits zumindest teilweise zu entschärfen, ist ein unbeziffertes Rechtsbegehren nur zulässig, sofern die Bezifferung dem Kläger unmöglich oder unzumutbar ist,⁹⁴¹ und die klagende Partei hat stets einen Mindestwert anzugeben, der vorläufig als Streitwert gilt (Art. 85 Abs. 1 ZPO). Der Kläger muss zudem seine Forderung beziffern, sobald er nach dem Beweisverfahren oder nach der Auskunftserteilung dazu in der Lage ist (Art. 85 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Das angerufene Gericht bleibt dabei zuständig, auch wenn der Streitwert seine sachliche Zuständigkeit übersteigt (Art. 85 Abs. 2 Satz 2 ZPO).⁹⁴² Diese Formulierung lässt bereits erahnen, dass sich der definitive Streitwert erst am Ende des Prozesses ergeben wird. Die unbezifferte Forderungsklage

⁹⁴⁰ Zu den verschiedenen Regelungen in den kantonalen Zivilprozessordnungen und der Zulässigkeit unbeziffelter Forderungsklagen ausführlich LOOSLI, 22 ff. sowie 74 ff. bzgl. der Kritik an diesem Institut. Ausserdem ist auf die unter kantonalem Prozessrecht vom Bundesgericht vorgenommene, nicht unproblematische Differenzierung zwischen Fällen mit Rechtsfolgeermessen und solchen mit Tatbestandsermessen hinzuweisen: Nach BGE 131 III 243 E. 5.1 war nur in Fällen, in welchen dem Gericht bei der Feststellung des erheblichen Sachverhalts ein Ermessen zukommt, von Bundesrechts wegen die Zulassung unbeziffelter Rechtsbegehren vorgeschrieben. Aufgrund der nunmehr gesamtschweizerisch normierten Zulässigkeit unbeziffelter Rechtsbegehren kommt dieser Unterscheidung keine Bedeutung mehr zu.

⁹⁴¹ Vgl. insb. KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 85 N 4, der bzgl. der Unzumutbarkeit einen grosszügigen Massstab angelegt sehen will. Zu den Voraussetzungen im Einzelnen ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 85 N 11 ff., sowie ausführlich LOOSLI, 67 f.; BAUMANN WEY, Rz 158 ff.

⁹⁴² Gleiches gilt im Übrigen in analoger Anwendung von Art. 85 Abs. 2 ZPO bzgl. der Verfahrensart, vgl. BAUMANN WEY, Rz 468; BK ZPO-MARKUS, Art. 85 N 20.

stellt daher in dieser Hinsicht den Paradefall der Vorgehensweise in zwei Phasen bei der Streitwertermittlung dar.⁹⁴³

306 Trotz der (zumindest vorübergehenden) Unbestimmtheit des klägerischen Rechtsbegehrens ändert sich nichts an der Qualifikation als Leistungsklage, die auf eine (später) bestimmte Geldsumme gerichtet ist.⁹⁴⁴ Obwohl das klägerische Rechtsbegehren bei Klageeinreichung noch unbeziffert ist, stellt die unbezifferte Forderungsklage keinen Fall von Art. 91 Abs. 2 ZPO dar, sondern der definitive Streitwert wird einzig durch das Rechtsbegehren – wenn auch erst in einer zweiten Phase – bestimmt.⁹⁴⁵ Für ein Abstellen auf übereinstimmende Angaben der Parteien bleibt kein Raum. Art. 85 ZPO lässt sich somit als Spezialvorschrift zu Art. 91 Abs. 1 ZPO qualifizieren. Die Pflicht zur Angabe eines Mindeststreitwerts ergibt sich direkt aus Art. 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO und die Schätzung des Klägers ist nur insofern von Belang, als dadurch eine vorläufige Streitwertbestimmung erfolgt. Die Streitwertangabe kann ausserdem massgebend sein, wenn es zu keiner Bezifferung auf zweiter Stufe kommt, sei es durch Klagerückzug, Klageanerkennung, Vergleich oder Abweisung des Auskunftsanspruchs.⁹⁴⁶

307 Die Lehre unterscheidet zwei verschiedene Typen von unbezifferten Forderungsklagen: Zum einen reine Ermessensklagen, bei denen das Rechtsbegehren die Höhe der zuzusprechenden Geldsumme ganz in das richterliche Ermessen nach Art. 42 Abs. 2 OR stellt (sog. unbezifferte Forderungsklagen i.e.S.),⁹⁴⁷ zum andern Leistungsklagen, bei denen die Höhe des Anspruchs erst nach dem Beheben eines Informationsdefizits durch den Kläger beziffert werden kann (sog. unbezifferte Forderungsklage i.w.S.).⁹⁴⁸

⁹⁴³ Es sind deshalb stets auch die Ausführungen zum allgemeinen Vorgehen in zwei Phasen bei der Streitwertbestimmung zu berücksichtigen, vgl. vorne Rz 210 ff.

⁹⁴⁴ Ähnlich LOOSLI, 10.

⁹⁴⁵ Ähnlich BAUMANN WEY, Rz 462.

⁹⁴⁶ Vgl. vorne Rz 189 f.

⁹⁴⁷ Vgl. KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 85 N 10, der von der «Rechtswohltat des Art. 42 Abs. 2 OR» spricht. Vgl. dazu BGE 122 III 219 E. 3a; 98 II 34 E. 2 sowie GUT, Rz 386; BAUMANN WEY, Rz 229.

⁹⁴⁸ LOOSLI, 10 f.; SUTTER-SOMM, Rz 533; ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 85 N 3; ähnlich LEUMANN LIEBSTER, 103; GUT, Rz 179 ff.; BAUMANN WEY, Rz 28 ff. m.w.H. So auch BGE 140 III 409 E. 4.3.

Reine Ermessensklagen sind vom Wortlaut von Art. 85 ZPO nicht direkt erfasst, da der Kläger von einer Bezifferung des Schadens vollständig entbunden ist. Der Gesetzgeber sah solche Klagen aber in den Materialien explizit als im Regelungsgehalt von Art. 85 ZPO enthalten an.⁹⁴⁹ Unbezifferte Forderungsklagen i.w.S. lassen sich weiter dahingehend unterteilen, ob sich die Bezifferung aufgrund eines prozessualen Editi-
onsantrags im Beweisverfahren ergeben wird oder ob sich die Höhe der Forderung erst nach der Verpflichtung der beklagten Partei zur Auskunftserteilung oder Rechenschaftsablegung mittels Teilentscheids ergibt. Im letzteren Fall handelt es sich um die Stufenklage.⁹⁵⁰

Für die Berechnung des Streitwerts spielt die Unterscheidung zwischen unbeziffelter 308
Forderungsklage i.e.S. bzw. i.w.S. grundsätzlich keine unmittelbare Rolle; in beiden Fällen ist zweistufig vorzugehen. Die Bezifferung in einer zweiten Phase wird im ersten Fall durch den Richter, im letzten Fall hingegen vom Kläger selbst vorgenommen. Gleiches gilt auch bei der Stufenklage als Spezialfall der unbezifferten Forderungsklage i.w.S. Sie unterscheidet sich in Bezug auf die erste Stufe dahingehend, dass vom Gericht ein Teilentscheid über den Informationsanspruch ergeht, welcher selbständig angefochten werden kann.⁹⁵¹ Bei der Stufenklage ist daher nach der ersten Stufe ein Rechtsmittelstreitwert festzulegen. Dieser wird in einem separaten Abschnitt genauer untersucht, wobei das Verfahren zur Streitwertbestimmung identisch wie bei den anderen unbezifferten Forderungsklagen abläuft. Bei der Berechnungsgrundlage ergeben sich hingegen aufgrund des Informationsbegehrens auf der ersten Stufe entscheidende Unterschiede.⁹⁵²

⁹⁴⁹ Vgl. Bericht VE ZPO, 43.

⁹⁵⁰ GUT, Rz 241 ff.; BAUMANN WEY, Rz 36 ff., insb. Rz 41; LEUMANN LIEBSTER, 7; ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 85 N 3. Vgl. auch vorne Rz 314 ff.

⁹⁵¹ Vgl. LEUMANN LIEBSTER, 194 ff.

⁹⁵² LEUMANN LIEBSTER, 107. Ausführlich hinten Rz 314 ff.

II. 1. Stufe: Vorläufige Mindeststreitwertangabe

309

Damit der Instruktionsrichter alle bei Prozesseinleitung vom Streitwert abhängigen Faktoren – so insb. die sachliche Zuständigkeit, die anwendbare Verfahrensart, die vorzuschliessenden Gerichtskosten sowie eine allfällige Sicherheitsleistung – bestimmen kann, hat der Kläger gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO bei Klageeinleitung den Streitwert anzugeben. Da dies bei einer unbezifferten Forderungsklage gerade nicht ohne weiteres möglich ist, begnügt sich der Gesetzgeber in Art. 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO mit der Angabe eines Mindestwerts des eingeklagten Anspruchs, nach welcher sich die genannten Faktoren richten. Eine genaue Bezifferung ist nachzuholen, sobald die klagende Partei nach Abschluss des Beweisverfahrens oder nach Auskunftserteilung dazu in der Lage ist (Art. 85 Abs. 2 ZPO). Die Streitwertbestimmung der unbezifferten Forderungsklage erfolgt somit stets in einem zweistufigen Verfahren.⁹⁵³ In einer ersten Phase, d.h. bei Klageeinreichung, hat der Instruktionsrichter den vom Kläger gemäss Art. 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO angegebenen Streitwert grundsätzlich ungeprüft zu übernehmen.⁹⁵⁴ Er hat die klägerische Angabe lediglich anhand einer *prima facie*-Prüfung auf einen offensichtlich zu tief angesetzten Streitwert zu untersuchen,⁹⁵⁵ wobei von einer Korrekturmöglichkeit nur zurückhaltend Gebrauch zu machen ist. Der beklagten Partei muss zumindest eine vorläufige grobe Beurteilung des Prozessrisikos ermöglicht werden.⁹⁵⁶

⁹⁵³ BAUMANN WEY, Rz 467; LEUMANN LIEBSTER, 150; ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 85 N 18; BK ZPO-MARKUS, Art. 85 N 20.

⁹⁵⁴ Zur Vorgehensweise bei der Streitwertberechnung im Allgemeinen vgl. vorne Rz 210 ff.

⁹⁵⁵ Ähnlich BAUMANN WEY, Rz 478 sowie insb. Rz 480; GUT, Rz 497; BK ZPO-MARKUS, Art. 85 N 21. Zu denken ist etwa an einen Streit in offensichtlicher Millionenhöhe, in welchem der Kläger den Streitwert lediglich auf «Fr. 30'000.-- überschreitend» beziffert. In einem solch gelagerten Fall rechtfertigt es sich nicht, den Kostenvorschuss sowie die Angabe der mutmasslichen Prozesskosten lediglich anhand dieses minimalen Streitwerts festzulegen. Das richterliche Ermessen ist hierbei gross, was aufgrund der ungenauen (quasi verweigerten) klägerischen Streitwertangabe hinzunehmen ist.

⁹⁵⁶ KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 85 N 7.

Da die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit und der Verfahrensart keine betragsmässig genaue Festsetzung des Streitwerts voraussetzt, sondern lediglich anhand des Überschreitens einer bestimmten Schwelle beurteilt wird, liess LOOSLI die Angabe genügen, ob der Streitwert eine bestimmte Schwelle der sachlichen Zuständigkeit mutmasslich erreichen wird und welches Gericht der Kläger als zuständig erachtet.⁹⁵⁷ Eine solche Regelung bzw. Auslegung genügt den heutigen Anforderungen von Art. 85 Abs. 1 ZPO nicht mehr. Das Gesetz sieht nun ausdrücklich die Angabe eines Mindeststreitwerts vor. Mit der Pflicht zur klägerischen Mindestangabe kann einerseits der Schwierigkeit der Streitwertbezeichnung für den Instruktionsrichter abgeholfen werden, wobei diese Pflicht bereits aus Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO hervorgeht, und andererseits wird eine Festlegung der sachlichen Zuständigkeit ermöglicht. Im Gegensatz zu Kantonen, welche die Angabe eines Maximalwerts vorsahen,⁹⁵⁸ wurde vom Gesetzgeber ein Minimalwert bevorzugt. Dies ist insb. im Zusammenhang mit Art. 75 Abs. 2 des Vorentwurfs zur ZPO zu sehen, welcher noch eine Prozessüberweisung für den Fall, dass der Streitwert die sachliche Zuständigkeit des Gerichts übersteigt, vorsah. Eine Erhöhung des provisorisch geschätzten Streitwerts sollte dem Kläger damit nicht zum Nachteil gereichen. Nachdem in der Vernehmlassung allerdings vermehrt Stimmen aufkamen, welche – v.a. aus Gründen der Prozessökonomie und weil sie einen Widerspruch zu Art. 208 Abs. 1 lit. b des Vorentwurfs zur ZPO sahen, wonach die örtliche und sachliche Zuständigkeit nach Eintritt der Rechtshängigkeit erhalten bleiben sollte – gegen eine Prozessüberweisung votierten, wurde diese Möglichkeit fallen gelassen und durch die aktuelle Regelung (Art. 85 Abs. 2 Satz 2 ZPO) ersetzt. Damit fällt der Vorteil, welcher in der Angabe eines Mindestwerts liegt, dahin und hat m.E. keine weitergehende Bedeutung als eine Wiederholung der Vorschrift zur Angabe eines Streitwerts gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO. Immerhin bringt das Erfordernis eines Mindestwerts zum Ausdruck, dass nach erfolgter Bezeichnung eine Anpassung

⁹⁵⁷ LOOSLI, 115. Seine Ausführungen beziehen sich allerdings stets auf die aZPO ZH.

⁹⁵⁸ § 168 Abs. 2 aZPO AG, Art. 86 Abs. 2 aZPO UR.

der provisorischen Angabe vorzunehmen ist. Dies gilt m.E. sowohl in Bezug auf eine Erhöhung wie auch auf eine Verringerung des Streitwerts.⁹⁵⁹

311

Nach dem Ausgeführten sollte der Kläger dem Gericht somit – gerade auch im Hinblick auf eine allfällige vorzeitige Erledigung des Verfahrens durch Vergleich, Anerkennung oder Rückzug⁹⁶⁰ – eine möglichst präzise Schätzung des Streitwerts abgeben. Auszugehen ist dabei primär vom Betrag, welcher sich der Kläger schätzungsweise erhofft. Dem Kläger sollte es zumutbar sein, seine Chancen realistisch einzuordnen. Andererseits soll sich der Kläger infolge des Informationsdefizits nicht der Gefahr des Überklagens aussetzen müssen, weshalb eine nachträgliche Anpassung des Streitwerts in jedem Fall zu erfolgen hat und sich das Gericht bei der definitiven Streitwertfestlegung nicht darauf berufen können soll, es handle sich gerade um einen minimalen Streitwert. Unter diesem Aspekt erscheint die Wahl einer Mindestangabe wenig glücklich.⁹⁶¹ Denn nicht wünschenswert, häufig allerdings kaum zu verhindern, ist, dass der Kläger den Streitwert «ins Blaue hinein» beziffert, indem er irgendeinen Phantasiebetrag nennt.⁹⁶² In vielen Fällen besteht allerdings kaum eine andere Möglichkeit, gründet das Anheben einer unbezifferten Forderungsklage doch gerade im Umstand, dass dem Kläger Informationen auch zur annähernden Bezifferung fehlen. Der Kläger hat deshalb den nach seiner Meinung objektiven Wert des Streitobjekts als Streitwert anzugeben. Freilich wird der Kläger bei der Streitwertbezifferung gewisse subjektive Wertungsmomente einfließen lassen. Je substantiierter indes seine Ausführungen sind und je eher sie sich an objektiven Anhaltspunkten orientieren, desto weniger wird der Instruktionsrichter von seiner Schätzung abweichen.

⁹⁵⁹ Gl.M. GUT, Rz 491. Vgl. auch hinten Rz 313. Ebenso ausführlich dazu die Ausführungen bei der Stufenklage, bei welcher sich das Problem aufgrund der klaren Trennung der beiden Stufen akzentuiert, hinten Rz 322 ff.

⁹⁶⁰ Vgl. vorne Rz 189 f.

⁹⁶¹ Ebenso BAUMANN WEY, Rz 487 ff., insb. Rz 489.

⁹⁶² Vgl. zur klägerischen Streitwertangabe bei einem Informationsbegehren vorne Rz 228 ff. Zur Schätzung «ins Blaue hinein» und deren Konsequenzen auf die spätere Glaubwürdigkeit im Prozess KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 85 N 2 f.; VOCK, ZPO, 2.

III. 2. Stufe: Bezifferung des Anspruchs

In der zweiten Phase, d.h. spätestens nach erfolgtem Beweisverfahren, hat der Kläger seinen Anspruch definitiv zu beziffern, sofern es sich nicht um eine reine Ermessensklage handelt, welche durch das Gericht beziffert wird. Der Instruktionsrichter hat ihm hierzu Gelegenheit zu geben. Die Bezifferung auf zweiter Stufe ermöglicht dem erkennenden Gericht den Streitwert in der zweiten Phase der Streitwertberechnung⁹⁶³ endgültig festzulegen. Die neu gewonnenen Erkenntnisse sollen der endgültigen Bezifferung des Anspruchs dienen. Anders als bei der Stufenklage steht nur ein materieller Anspruch im Streit, weshalb die erste Stufe keinen eigenen Streitwert aufweist. Der festgelegte Betrag stellt die erstmalige vorbehaltlose Bezifferung des Streitobjekts dar. Es erfolgt folglich eine Anpassung des vorläufig genannten Streitwerts.⁹⁶⁴ Falls eine Bezifferung vom Kläger abhängt, muss diese spätestens nach Abschluss des Beweisverfahrens erfolgen.⁹⁶⁵ Gegebenenfalls ist ihm hierzu Frist anzusetzen. Unterlässt der Kläger trotz entsprechender Aufforderung des Gerichts eine Bezifferung der Klageforderung und fehlen andere objektive Anhaltspunkte, hat das Gericht – mangels Alternativen – auf den zunächst angegebenen (plausiblen) Mindestbetrag abzustellen.⁹⁶⁶ Gemäss der ausdrücklichen Vorschrift in Art. 85 Abs. 2 Satz 2 ZPO bleibt indes eine einmal begründete sachliche Zuständigkeit – sowie die Verfahrensart – erhalten.⁹⁶⁷

⁹⁶³ Zur zweiten Phase ausführlich vorne Rz 215 f.

⁹⁶⁴ Vgl. OGer ZH vom 21. Oktober 2011, LB110063-O/U01, mit Verweis auf KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 85 N 7; ebenfalls SCHAI, Streitwert, 128. Zum zweistufigen Vorgehen bei der Festsetzung des Streitwerts LOOSLI, 147.

⁹⁶⁵ Botschaft ZPO, 7287; LEUMANN LIEBSTER, 85; KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 85 N 9.

⁹⁶⁶ BSK ZPO-OBERHAMMER, 1. Aufl., Art. 85 N 9 a.E.; a.A. BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 85 N 11, der wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung ein Nichteintreten auf die Klage postuliert. Dies kommt m.E. gerade auch im Hinblick auf die materielle Rechtskraftwirkung, die dem Urteil zukommen soll, nicht in Frage.

⁹⁶⁷ Statt vieler RICKLI, Rz 275 m.w.H.

Fraglich bleibt nach dem Gesagten, ob eine Anpassung des Gebühren- und Rechtsmittelstreitwerts in jedem Fall zu erfolgen hat. Zu einem anderen Schluss würde nämlich ein striktes Festhalten am Wortlaut von Art. 85 Abs. 1 ZPO führen. Wird vom Gesetz ausdrücklich die Angabe eines *Mindestwerts* – also streng genommen kein möglichst genauer Wert, sondern ein als sicher angenommenes Minimum an Geschuldetem – verlangt, liesse dies den Schluss zu, dass eine Anpassung «nach unten» nicht erfolgen darf.⁹⁶⁸ Die Zusprechung eines geringeren Betrags wäre folglich als Überklagen bzw. teilweises Unterliegen zu qualifizieren. Ein solches Vorgehen widerspräche m.E. jedoch der Natur der unbezifferten Forderungsklage. Denn eine solche wird gerade deshalb angehoben und ist von Gesetzes wegen vorgesehen, weil der erwartete Forderungsbetrag unklar ist resp. seine Bestimmung in die Hände des Gerichts gelegt werden soll. *Ratio legis* von Art. 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO kann entgegen dem Wortlaut somit nicht die Angabe eines mutmasslichen Mindeststreitwerts sein, sondern der Gesetzgeber wollte damit die Möglichkeit einer ersten richterlichen Festlegung der Verfahrensart, der sachlichen Zuständigkeit und des Kostenvorschusses ermöglichen.⁹⁶⁹ Da die sachliche Zuständigkeit vom Überschreiten einer Streitwertschwelle abhängt, wurde die Bestimmung entsprechend formuliert und steht im Einklang mit dem Dispositionsgrundsatz. Überdies verlangt auch Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO die Angabe eines genau bezifferten Streitwerts. Der Kläger hat seinen Anspruch daher möglichst exakt zu schätzen, ohne dass er in die unverschuldete Gefahr eines erhöhten Kostenrisikos läuft, wäre ihm doch ansonsten zu empfehlen, stets den Minimalbetrag von Fr. 1.-- anzugeben. Dies widerspräche aber Sinn und Zweck von Art. 85 Abs. 1 ZPO und liefere ausserdem dem Grundsatz der Vorhersehbarkeit der Prozesskosten für die beklagte Partei zuwider. Zum gleichen Resultat würde auch eine Betrachtung der früheren kantonalen Regelungen führen (z.B. in den Kantonen Aargau und Uri), in welchen die Angabe eines Höchstbetrags gefordert wurde.⁹⁷⁰ In beiden Kantonen diente der ange-

⁹⁶⁸ So etwa BAUMANN WEY, Rz 466 sowie Rz 470 ff.

⁹⁶⁹ So führt die Botschaft explizit aus, dass die Angabe des Mindeststreitwerts zur Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit diene, Botschaft ZPO, 7287; ebenso bereits Bericht VE ZPO, 43.

⁹⁷⁰ § 168 Abs. 2 aZPO AG, Art. 86 Abs. 2 aZPO UR. Vgl. SCHAI, Streitwert, 128.

gebene Höchstbetrag ebenfalls hauptsächlich zur Festlegung der sachlichen Zuständigkeit. Ein vorerst zu tief angesetzter Betrag konnte nach dem Beweisverfahren mittels Klageänderung heraufgesetzt werden.⁹⁷¹ Eine nachträgliche Anpassung des Streitwerts auf zweiter Stufe ist demnach bei der unbezifferten Forderungsklage i.e.S. immer angezeigt.⁹⁷² Ein Überklagen ist m.E. nicht möglich, was gerade in der Natur der – nur beschränkt zulässigen⁹⁷³ – Ermessensklage liegt. Abweichende Lehrmeinungen, welche ein kostenpflichtiges Teilunterliegen annehmen, wenn der zugesprochene Betrag die zunächst angegebene Grössenordnung um mehr als 20–25 % unterschreitet,⁹⁷⁴ sind abzulehnen.

E. Stufenklage

I. Rechtsnatur und Vorgehensweise

Mit Einführung der unbezifferten Forderungsklage in Art. 85 ZPO und dem in der Botschaft genannten Hinweis auf die Stufenklage hat deren Zulässigkeit ausdrücklich als anerkannt zu gelten.⁹⁷⁵ Wie aufgezeigt lässt sich die Stufenklage dogmatisch als 314

⁹⁷¹ Bühler/Edelmann/Killer-EDELMANN, § 168 N 2.

⁹⁷² Gl.M. ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 85 N 18; GUT, Rz 504. A.A. RICKLI, Rz 293, der eine teilweise Klageabweisung annimmt, wenn das Gericht weniger zuspricht, als vom Kläger geschätzt. Bezüglich der Prozesskosten sieht RICKLI jedoch eine abweichende Verteilung gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. a ZPO vor. Die Befürchtung von VOCK, ZPO, 2, wonach eine unbezifferte Forderungsklage aufgrund des Informationsdefizits ein erhöhtes Kostenrisiko nach sich ziehe, ist schliesslich nicht zutreffend, wenn man den Streitwert in jedem Fall anpasst.

⁹⁷³ Zu den Fällen, in welchen eine Ermessensklage überhaupt zulässig ist, etwa BSK OR-SCHNYDER, Art. 42 N 10 ff.

⁹⁷⁴ Vgl. die Literaturhinweise zum deutschen Recht bei BREYER, 124.

⁹⁷⁵ Botschaft ZPO, 7287. Vgl. auch LEUMANN LIEBSTER, 91, mit Kritik am Vorentwurf, welcher noch nicht auf die Stufenklage verwies, daraus aber kein qualifiziertes Schweigen ableitete. Vgl. dazu insb. auch KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 85 N 12.

Spezialfall der unbezifferten Forderungsklage einordnen.⁹⁷⁶ Das zweistufige Verfahren zur Bestimmung des Streitwerts ist folglich stets im Lichte der bereits erfolgten Ausführungen zur unbezifferten Forderungsklage zu sehen und es kann an verschiedenen Stellen darauf verwiesen werden. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass bei der Stufenklage nicht auf den Ausgang des Beweisverfahrens (unbezifferte Forderungsklage i.w.S.) oder auf das richterliche Ermessen (unbezifferte Forderungsklage i.e.S.) abgestellt werden kann, sondern auf der ersten Stufe ein materiellrechtlicher Auskunftsanspruch geltend gemacht wird. Die Streitwertberechnung bei einer Stufenklage gestaltet sich denn auch ausserordentlich kompliziert und ist hinsichtlich vieler Aspekte höchst umstritten. So ergeben sich aufgrund der Komplexität des Verfahrens an verschiedenen Punkten Unklarheiten bzgl. der Streitwertberechnung, welche die Weiche in eine andere Richtung stellen können. Eine gefestigte Praxis lässt sich in der Schweiz nicht erkennen.⁹⁷⁷ Unabhängig vom letztlich eingeschlagenen Weg erscheint es zentral, dass bei sämtlichen Lösungen, insb. bzgl. der Kosten, ein ähnliches Resultat erfolgt. Der Streitwert sowie die Kosten sollten sich deshalb in einer Schlussbetrachtung unter den Blickwinkeln des Angreiferinteresseprinzips sowie des Äquivalenzprinzips als sachgerecht erweisen.

- 315 Die Stufenklage besteht in der Kombination eines Rechtsbegehrens auf Information (Stufe 1) mit einem unbezifferten Rechtsbegehren auf Leistung desjenigen Betrags, welcher sich nach Erhalt dieser Information beziffern lässt (Stufe 2).⁹⁷⁸ Der Hilfsanspruch auf Information muss sich dabei aus dem materiellen Recht ergeben, d.h. aus

⁹⁷⁶ Vgl. vorne Rz 307. Die Qualifikation als Forderungsklage ist allerdings insofern ungenau, als dass der Anwendungsbereich nicht nur auf Zahlungsansprüche beschränkt ist, sondern eine Anwendung durchaus auf andere Fälle denkbar ist, wie bspw. die nachträgliche Bezeichnung herauszugebender Sachen, vgl. KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 85 N 11; VOGEL, 63.

⁹⁷⁷ Vgl. die Hinweise in KassGer ZH vom 18. März 2011, publ. in ZR 110 (2011) Nr. 114. Ebenso KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 85 N 14.

⁹⁷⁸ Vgl. SUTTER-SOMM, Rz 540; Brunner/Gasser/Schwander-FÜLLEMANN, Art. 85 N 4; KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 85 N 13; ebenfalls BGE 123 III 140 E. 2b; 116 II 215 E. 4a; BGer 4A_93/2014 E. 4.3.

Gesetz⁹⁷⁹, aus Rechtsgeschäft⁹⁸⁰ oder aus dem Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 2 Abs. 1 ZGB⁹⁸¹. Als geschuldeter Pflichtinhalt kommt dabei typischerweise ein Anspruch auf Auskunft, Rechenschaft, Rechnungslegung oder Aufklärung in Frage.⁹⁸² Im Gegensatz zur prozessualen Editionsspflicht ist der Informationsanspruch materiellrechtlicher Natur und deshalb überhaupt erst selbständig einklagbar sowie mit den Mitteln der Zwangsexekution – zumindest theoretisch – real vollstreckbar.⁹⁸³

Anders als die unbezifferte Forderungsklage, welche auf einem prozessualen Informationsanspruch basiert, stellt die Stufenklage einen Sonderfall einer objektiven Klagenhäufung dar.⁹⁸⁴ Die Besonderheit der Stufenklage liegt darin, dass nicht zwei unabhängige Ansprüche wie bei der «normalen» objektiven Klagenhäufung eingeklagt werden, sondern eine spezifische Abhängigkeit zwischen den eingeklagten Ansprü-

⁹⁷⁹ Z.B. Einsichtsrecht des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber (Art. 322c Abs. 2 OR), die Rechenschaftsablegungspflicht des Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber (Art. 400 Abs. 1 OR), das Einsichtsrecht des Agenten gegenüber dem Auftraggeber (Art. 418k Abs. 2 OR), die Rechenschaftsablegungspflicht des Geschäftsführers einer Gesellschaft (Art. 541 OR), das Einsichtsrecht des nicht geschäftsführenden Gesellschafters der einfachen Gesellschaft und der Kollektivgesellschaft (Art. 557 Abs. 2 i.V.m. Art. 541 Abs. 1 OR), das Einsichtsrecht des Kommanditärs (Art. 600 Abs. 3 OR), der Informationsanspruch des Aktionärs (Art. 696 Abs. 1 OR) und die Auskunfts- und Einsichtsrechte des Aktionärs (Art. 697 OR) sowie das Recht auf Sonderprüfung (Art. 697a OR), das Auskunfts- und Einsichtsrecht des Verwaltungsrats (Art. 715a OR), die Informationsansprüche des Gesellschafters einer GmbH (Art. 802) und letztendlich die Informationsrechte des Genossenschafters (Art. 857 OR). Weitere Beispiele bei LEUMANN LIEBSTER, 7 f. Hauptanwendungsfall für das Anheben einer Stufenklage dürfte in der Praxis wohl die Editions- oder Rechnungslegungspflicht des Beauftragten i.S.v. Art. 400 Abs. 1 OR sein. Vgl. auch HERZOG, 101 ff.; BAUMANN WEY, Rz 117.

⁹⁸⁰ Z.B. bei einer Unternehmensprüfung durch einen Rechtsanwalt (*legal due diligence*), LEUMANN LIEBSTER, 8.

⁹⁸¹ Ein allgemeiner Informationsanspruch gegenüber jedem potenziell Verpflichteten, welcher in der Lage ist, Auskunft zu erteilen, ist indes abzulehnen, vgl. LEUMANN LIEBSTER, 11 ff. m.w.H.

⁹⁸² SCHRÖDER, 16 ff.; HERZOG, 72 ff.; LEUMANN LIEBSTER, 17. Vgl. ebenfalls vorne Rz 224 ff.

⁹⁸³ LEUMANN LIEBSTER, 4 ff., insb. 7. Zur Abgrenzung der prozessualen von der materiellrechtlichen Editionsspflicht, HERZOG, 4 f.

⁹⁸⁴ VOGEL, 63; KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 85 N 15; AFFOLTER, 68.

chen besteht.⁹⁸⁵ Nachfolgend geht es daher hauptsächlich um das Zusammenspiel der Streitwerte der beiden materiellrechtlichen Ansprüche. Aufgrund der besonderen Natur der Stufenklage stellen sich in Bezug auf den Streitwert hauptsächlich drei höchst umstrittene Probleme, welche nachfolgend erörtert werden sollen: Erstens stellt sich die Frage, ob der Informationsanspruch überhaupt einen eigenen Streitwert aufweist. Zweitens ist umstritten, welchen quotenmässigen Anteil der Informationsanspruch am bezifferten Forderungsbetrag besitzt. Schliesslich ist unklar, ob und wie eine nachträgliche Anpassung des bei Klageeinreichung geschätzten Streitwerts zu erfolgen hat.

II. 1. Stufe: Der Informationsanspruch

1. Präparatorischer Hilfsanspruch

317

Die erste Stufe der Stufenklage ist identisch mit dem Verfahren einer selbständigen präparatorischen Informationsklage. Für die (provisorische) Festlegung des Streitwerts in der ersten Phase kann deshalb vollumfänglich auf jene Ausführungen verwiesen werden,⁹⁸⁶ wobei die Pflicht zur Angabe eines (Mindest-)Streitwerts hier explizit in Art. 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO normiert ist. Der vom Kläger angegebene Streitwert ist grundsätzlich ungeprüft als vorläufiger Streitwert anzunehmen.⁹⁸⁷ Bei der Stufenklage im Speziellen dient die ungefähre Streitwertschätzung des Klägers dem Gericht auch als Grundlage für die Festlegung des Quantitativs der zugrunde liegenden Forderung, falls sich das Verfahren vorzeitig erledigt, oder wenn einer nachfolgenden Informationsverpflichtung nicht nachgekommen wird.⁹⁸⁸ Aufgrund seiner materiellrechtlichen Natur weist der Auskunftsanspruch – anders als bei der unbezifferten Forderungsklage, bei welcher die erste Stufe keinen eigenen Streitwert besitzt – einen eigenen

⁹⁸⁵ LEUMANN LIEBSTER, 36, 98. BAUMANN WEY, Rz 128, spricht aufgrund des besonderen Abhängigkeitsverhältnisses der beiden Rechtsbegehren von einer sukzessiven Klagenhäufung.

⁹⁸⁶ Vorne Rz 224 ff.

⁹⁸⁷ Vorne Rz 226 bzgl. des Informationsanspruchs sowie vorne Rz 309 f. bzgl. der ersten Stufe einer unbezifferten Forderungsklage.

⁹⁸⁸ Vgl. hierzu BGE 123 III 140 E. 1b.

Streitwert auf. Es lassen sich deshalb mit guten Argumenten zwei Ansichten vertreten: Einerseits kann die Stufenklage als objektive Klagenhäufung aufgefasst werden, weshalb nach Art. 93 Abs. 1 ZPO die Streitwerte der einzelnen Ansprüche zusammenzurechnen sind.⁹⁸⁹ Andererseits kann das Informationsbegehren als rein präparatorischer Hilfsanspruch zur späteren Bezifferung des Hauptanspruchs betrachtet werden, weshalb jener wertmässig vollumfänglich im Hauptanspruch aufgeht.⁹⁹⁰

Mit der wohl h.L. verdient die zweite Variante Zustimmung. Der Informationsanspruch der Stufenklage weist zwar einen eigenen Streitwert auf, weshalb er auch nicht bedeutungslos ist, wie es vielleicht den Eindruck erwecken könnte. So beeinflusst der Streitwert des Informationsbegehrens entscheidend das Rechtsmittel der ersten Stufe sowie die Kostenverteilung.⁹⁹¹ Da er jedoch bloss als Hilfsanspruch zu qualifizieren ist, hat eine Addition zum Streitwert des Hauptbegehrens zu unterbleiben und sein Streitwert geht in demjenigen des Hauptbegehrens auf. Neben dem Argument, dass es sich wirtschaftlich um den gleichen Anspruch handelt, womit dem Angreiferinteresseprinzip Rechnung getragen wird, und der Streitwert somit nicht erhöht werden darf, ist m.E. entscheidend darauf abzustellen, worin der Sinn und Zweck der Stufenklage liegt. Dieser ist gerade darin zu sehen, dass der Informationsanspruch mit dem Hauptanspruch verbunden werden soll, um ein separates Einklagen der benötigten Information aus prozessökonomischen Gründen verhindern zu können. Würde ein Zusammenrechnen wie bei zwei einzelnen Klagen erfolgen, bestünde der Kostenvorteil des Klägers alleine in der Begünstigung durch die degressive Gebührenaussgestal-

318

⁹⁸⁹ So etwa RICKLI, Rz 281 f.; SCHRÖDER, 223; ZÜRCHER, Streitwert, 498; SCHAL, Streitwert, 126 f., welcher einen Widerspruch im Ergebnis sieht, wenn der schliesslich bezifferte Anspruch tatsächlich weniger Wert habe, weil ein Teil auf das Informationsbegehren falle. Der Informationsanspruch solle deshalb autonom geschätzt werden. Ebenso für eine objektive Klagenhäufung votierten noch SCHNEIDER/HERGET, Voraufgabe 1996, Rz 4231; gemäss der aktuellen Auflage soll nunmehr der höchste Anspruch massgebend sein, SCHNEIDER/HERGET, Rz 5106 f.

⁹⁹⁰ ZR 102 (2003) Nr. 9; BAUMANN WEY, Rz 494; LEUMANN LIEBSTER, 225 f.; ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 85 N 21; BK ZPO-MARKUS, Art. 85 N 26; Brunner/Gasser/Schwander-FÜLLEMANN, Art. 85 N 4; FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 19 N 5; so wohl ebenfalls Botschaft ZPO, 7287. Ebenso zum deutschen Recht SIEGEL, 33; SCHNEIDER/HERGET, Rz 5106 f.

⁹⁹¹ Vgl. die Ausführungen hinten Rz 319 und Rz 326 ff.

tung. Dies genügt nicht. Vielmehr rechtfertigen sich tiefere Prozesskosten auch aus der Optik des Gerichts: Durch das Anheben einer Stufenklage erhöht sich der Aufwand nicht, sondern das gleiche Gericht kann beide Ansprüche in einem Verfahren beurteilen. Bei der Festsetzung der Gerichtskosten kann es dem durch die erste Stufe zusätzlich erfolgten Aufwand Rechnung dadurch tragen, dass es die Kosten aufgrund des ausserordentlichen Aufwands innerhalb der zur Verfügung stehenden Bandbreite erhöht. Nicht zuletzt findet diese Ansicht Stütze in der deutschen Lehre. Nach § 44 des deutschen Gerichtskostengesetzes ist für die Wertberechnung des Gebührenstreitwerts einer Stufenklage nur einer der verbundenen Ansprüche, und zwar der höhere, massgebend.⁹⁹² Dies hat nicht nur in Bezug auf den Gebührenstreitwert, sondern für die Streitwertberechnung der Stufenklage im Allgemeinen zu gelten. Der Gesamtstreitwert der Stufenklage berechnet sich somit ausschliesslich nach dem Hauptanspruch, zumindest wenn dessen Wert höher zu beziffern ist als derjenige des Informationsanspruchs.⁹⁹³

2. *Streitwert der ersten Stufe*

319

Wenn immer möglich sollte mit dem Teilurteil der ersten Stufe kein Kostenentscheid ergehen, da der Hauptanspruch noch nicht beziffert ist und das Verhältnis des Obsiegens bzw. Unterliegens noch nicht definitiv feststeht. Mit der Kostenfestsetzung ist vielmehr bis zum Endentscheid zuzuwarten.⁹⁹⁴ Wird das Verfahren nach Beurteilung der ersten Stufe vorzeitig erledigt – häufig infolge Vergleichs, wenn die Fakten auf dem Tisch sind, aber auch bei Klageanerkennung bzw. -rückzug –, stellt sich gleichwohl die Frage, welcher Streitwert der ersten Stufe beizumessen ist, zumal es sich lediglich um einen Hilfsanspruch handelt. Die gleiche Frage stellt sich, wenn von der unterliegenden Partei gegen den Entscheid erster Stufe ein Rechtsmittel erhoben wird. Ob die erste Stufe dabei stets mittels Teilurteil erledigt werden muss oder ob bei

⁹⁹² Vgl. SIEGEL, 33.

⁹⁹³ Zur Ausnahme einer Anpassung des Streitwerts hinten Rz 325.

⁹⁹⁴ BAUMANN WEY, Rz 680; SCHAI, Streitwert, 127 f.; LEUMANN LIEBSTER, 237; ASSMANN, 125 f., m.w.H. auf die deutsche Lehre. A.A. ZÜRCHER, Streitwert, 498, der jeder Stufe einen eigenen Streitwert beimisst und infolgedessen die Gebühr jeweils gesondert festgesetzt haben will.

Abweisung des Anspruchs auf erster Stufe auch direkt ein Endurteil ergehen kann, ist in der Lehre umstritten.⁹⁹⁵ Gerade auch unter dem Blickwinkel der Streitwertberechnung hat eine Anpassung des massgebenden Streitwerts allerdings erst auf zweiter Stufe zu erfolgen, weshalb sich der Kläger m.E. in jedem Fall erneut zur Quantifizierung äussern können soll. Schliesslich ist aber unabhängig von der Erledigungsart jeweils der Streitwert des beurteilten Informationsbegehrens massgebend. Für dessen Berechnung ist gleich vorzugehen wie beim selbständigen präparatorischen Informationsbegehren, mithin ist von einem Bruchteil des Streitwerts des Hauptanspruchs auszugehen.⁹⁹⁶ Für die Festlegung des mutmasslichen Streitwerts des Hauptanspruchs ist hauptsächlich auf die Angaben der Parteien abzustellen, sofern (noch) keine weiterführenden, objektiven Angaben vorhanden sind.⁹⁹⁷ Der Streitwert des Informationsanspruchs sollte sich in einer Spanne von 10–50 % jenes Streitwerts bewegen, wobei insb. das Interesse des Klägers an der Information massgebend ist.⁹⁹⁸ Der in diesem Zeitpunkt definierte Streitwert – sowohl die wertmässige Quote wie auch der Wert des Hauptanspruchs – ist dabei nicht bindend für die spätere Streitwertfestset-

⁹⁹⁵ Nach wohl herrschender Lehre wird die Entscheidung über die zweite Stufe bei abgewiesener erster Stufe hinfällig und ein Endentscheid hat direkt zu ergehen, vgl. LEUMANN LIEBSTER, 175 ff., insb. 178, mit zahlreichen Hinweisen auf die Literatur sowie Praxis in der Schweiz und Deutschland. A.A. BSK ZPO-OBERHAMMER, 1. Aufl., Art. 85 N 15 f.; wohl ebenfalls a.A., im Ergebnis aber trotzdem einen direkten Entscheid befürwortend BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 85 N 17.

⁹⁹⁶ Gl.M. LEUMANN LIEBSTER, 230; SIEGEL, 39 f.; RICKLI, Rz 287. A.A., was den Streitwert der ersten Stufe anbelangt, BAUMANN WEY, Rz 499; ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 85 N 22; SCHAI, Streitwert, 126 f.; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 138 N 3a 4. Lemma.

⁹⁹⁷ Vgl. vorne Rz 228 f. Nicht zu empfehlen ist, ohne Begründung lediglich einen möglichst tiefen (aber z.B. eine bestimmte Streitwertschwelle überschreitenden) Betrag zu wählen. Denn der Kläger läuft Gefahr, dass das Gericht aufgrund abweichender objektiver Anhaltspunkte im Sachverhalt den Streitwert erheblich höher festlegt, ohne sich mit seiner Argumentation auseinanderzusetzen zu müssen. Vgl. auch SIEGEL, 39, sowie den Entscheid KassGer ZH vom 18. März 2011, publ. in ZR 110 (2011) Nr. 114, E. 3.4.

⁹⁹⁸ Zur Begründung und Berechnung dieses Bruchteils vgl. die Ausführungen zur präparatorischen Informationsklage, vorne Rz 228 ff., insb. Rz 234. Im Rahme einer Stufenklage ist indessen von einem eher hohen Bruchteilswert auszugehen, da der Kläger den Mindestwert i.S.v. Art. 85 Abs. 2 ZPO regelmässig eher vorsichtig beziffern wird. Aus der Mindestangabe schliesst denn auch BAUMANN WEY, Rz 499, dass der volle Betrag des Hauptbegehrens massgebend sein muss.

zung bzw. Kostenverteilung und kann vom Gericht aufgrund neuer Umstände – insb. der definitiven Bezifferung durch den Kläger – ohne weiteres abweichend beurteilt werden.⁹⁹⁹

III. 2. Stufe: Die unbezifferte Forderung

1. Quantifizierung der Forderung

320 Beim zweiten Anspruch der Stufenklage handelt es sich um eine unbezifferte Forderungsklage, welche es aufgrund der gewonnenen Informationen der ersten Stufe zu quantifizieren gilt. Das Gericht hat das Verfahren – sofern eine Entscheidung über die erste Stufe nötig ist – auf der zweiten Stufe erst dann fortzusetzen, wenn das Teilurteil in Rechtskraft erwachsen, die im (gutheissenden) Urteil zweckmässigerweise angesetzte Erfüllungsfrist abgelaufen ist und der Kläger seinen Antrag nunmehr beziffern konnte. In der Regel hat ein weiterer Schriftenwechsel über den Hauptanspruch zu ergehen, allenfalls inklusive Replik und Duplik, bzw. Stellungnahmen zur nunmehr erfolgten Bezifferung.

321 In kaum einem Fall wird sich auf der zweiten Stufe ergeben, dass die vorerst provisorisch vorgenommene Streitwertschätzung tatsächlich genau bestätigt und der Streitwert unverändert für die zweite Phase übernommen werden kann. Regelmässig werden die erlangten Informationen eine Anpassung der nur vorläufig bezifferten Forderungshöhe nach sich ziehen. Dem Kläger eine nachträgliche Anpassung dieses Betrags zu verweigern, würde denn auch der Natur der Stufenklage widersprechen und wäre unzulässig. Eine Anpassung auf der Ebene des Streitwerts muss demnach ebenfalls möglich sein.

⁹⁹⁹ Zur Kostenverteilung in der zweiten Phase vgl. vorne Rz 215 f.

2. *Nachträgliche Anpassung des Streitwerts*

a) Abweichung des Hauptanspruchs von der provisorischen Schätzung

Auch für das Verfahren der zweiten Stufe ist grundsätzlich der vom Stufenkläger nachträglich bezifferte Streitwert massgebend.¹⁰⁰⁰ Dies folgt insb. bereits aus der Qualifikation des Informationsanspruchs als Hilfsbegehren. Fraglich ist aber, wie der Streitwert nachträglich anzupassen ist, wenn der Hauptanspruch von der provisorischen Streitwertschätzung bei Klageeinreichung abweicht. Weitgehend unbestritten ist, dass der nachträglich bezifferte Wert des Hauptanspruchs als definitiver Streitwert gilt, wenn sich aufgrund der gewonnenen Informationen ein höherer Wert ergibt als zunächst geschätzt.¹⁰⁰¹ Denn der Wortlaut von Art. 85 Abs. 1 ZPO spricht gerade von einem Mindestwert. Bei der nachträglichen Bezifferung handelt es sich deshalb nicht um einen Fall der Klageänderung gemäss Art. 227 Abs. 1 ZPO, sondern vielmehr um eine erstmalig definitive wertmässige Festsetzung des Anspruchs. Auch spricht grundsätzlich nichts gegen eine Anpassung resp. Nachforderung des Kostenvorschusses infolge des nun definitiv bezifferten Streitwerts, stellt sich doch diesfalls nach rechtskräftiger Erledigung der ersten Stufe heraus, dass der Kostenvorschuss zu tief angesetzt worden ist.¹⁰⁰² Zwingend notwendig und sinnvoll erscheint eine Nachforderung allerdings nicht.

Ob eine Anpassung auch für den Fall des Unterschreitens des anfänglich geschätzten Streitwerts zu erfolgen hat, ist auch betreffend Stufenklage in der Lehre höchst umstritten. In Ergänzung zum bereits bzgl. der unbezifferten Forderungsklage i.e.S. Vor-

¹⁰⁰⁰ Vgl. vorne Rz 313. Ebenso ZÜRCHER, Streitwert, 498; LOOSLI, 145; LEUMANN LIEBSTER, 233; KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 85 N 14; Brunner/Gasser/Schwander-FÜLLEMANN, Art. 85 N 4. A.A. ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 85 N 21, welche auf den höchsten Einzelwert abstellen wollen.

¹⁰⁰¹ Gl.M. LEUMANN LIEBSTER, 232 f.; KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 85 N 2; BSK ZPO-OBERHAMMER, 1. Aufl., Art. 85 N 7; SIEGEL, 43.

¹⁰⁰² Ebenso GUT, Rz 495; LEUMANN LIEBSTER, 151. Dies rechtfertigt sich hauptsächlich vor dem Hintergrund, dass sich das Verfahren auch auf zweiter Stufe aufwendig gestalten kann. Allerdings ist fraglich, welche Konsequenz das Nichtbezahlen des Nachschusses hätte.

gebrachten¹⁰⁰³ ist auf Folgendes hinzuweisen: Der Wortlaut von Art. 85 Abs. 1 Satz 1 ZPO, welcher *expressis verbis* einen Mindestwert verlangt, spricht grundsätzlich gegen eine nachträgliche Anpassung. Aus diesem Grund wird hauptsächlich in der herrschenden deutschen Lehre zur ähnlichen Regelung in § 44 GKG vertreten, dass sich ein Kläger einen zu hoch bezifferten Wert selbst zuzuschreiben habe, weshalb die Differenz folglich als Klagerückzug zu werten sei. Zudem ergebe sich mit jeder Schätzung einer Forderung ein Kostenrisiko, was keine Eigenart der Stufenklage sei, sondern das Risiko eines jeden Klägers, der seine Erwartungen zu hoch beziffere.¹⁰⁰⁴ Dieser Ansicht ist m.E. aus mehreren Gründen nicht zuzustimmen. Zwar hat diese Argumentation insofern eine gewisse Berechtigung, als dem Kläger das Prozesskostenrisiko nicht vollständig abgenommen werden darf. Doch auch auf zweiter Stufe besteht für den Kläger noch immer ein Risiko, dass der geforderte Betrag nicht zugesprochen wird.¹⁰⁰⁵ Das Risiko ist daher nicht kleiner als bei einer Klage mit einer bezifferten Forderung. Überdies ist es dem Kläger nicht zuzumuten, dem Gericht auf der einen Seite eine möglichst präzise Streitwertangabe zu liefern und sich auf der anderen Seite trotz des Wissensdefizits der latenten Gefahr des Überklagens auszuliefern.¹⁰⁰⁶ Der Grund für die Anhebung einer Stufenklage – und gerade auch deren Zulässigkeit – liegt im Informationsdefizit des Klägers, welcher einen Streitwert angeben muss, obwohl er dazu bei Prozessbeginn nicht im Stande sein dürfte.¹⁰⁰⁷ Der geschätzte Mindestwert ist deshalb nicht als vorweggenommene Bezifferung der Klageforderung

¹⁰⁰³ Vorne Rz 313.

¹⁰⁰⁴ So insb. SCHNEIDER/HERGET, Rz 5151 f., m.w.H. auf die deutsche Lehre. Dies gilt zumindest für die bis dahin aufgelaufenen Kosten, vgl. das Beispiel bei SIEGEL, 46, welcher selbst eine andere Meinung vertritt, da der Kläger Herr des Streitobjekts und damit der Wertberechnung sei, DERS, 57, 59. Die vertretenen Ansichten zum deutschen Recht können indessen nicht ohne weiteres für das schweizerische Recht übernommen werden, da die Kostenfestlegung anders ausgestaltet ist, vgl. insb. vorne Rz 113.

¹⁰⁰⁵ Auch das Erheben einer Teilklage auf zweiter Stufe muss deshalb zulässig sein, wobei sich der Streitwert nach der vom Kläger bezifferten Höhe richtet. Ebenso SIEGEL, 60.

¹⁰⁰⁶ Es gilt hierzu das bereits zur unbezifferten Forderungsklage Ausgeführte, vgl. vorne Rz 309 ff.

¹⁰⁰⁷ ZK ZPO-BOPP/BESSENICH, Art. 85 N 17; LEUMANN LIEBSTER, 154, 233 f.; SIEGEL, 53 ff., insb. 55. Weitergehende Überlegungen in Bezug auf die Kostenverteilung bei BREYER, 149.

zu verstehen, sondern lediglich als formelle Schätzung der Streitwerthöhe i.S.v. Art. 221 Abs. 1 lit. c ZPO. Art. 227 ZPO kommt hier deshalb nicht zur Anwendung.¹⁰⁰⁸ Auch das Gesetz qualifiziert die klägerische Mindestangabe ausdrücklich als «vorläufigen Streitwert», was für eine Anpassungsmöglichkeit sowohl nach oben wie auch nach unten spricht. Wäre eine Anpassung nur zum Nachteil des Klägers möglich, müsste der Stufenkläger aus prozesstaktischer Sicht jeweils einen möglichst tiefen Streitwert angeben, was dem Sinn der vorläufigen Angabe diametral widerspräche. Wie allgemein bei den nicht auf Geld lautenden Rechtsbegehren ist dem Kläger eine abweichende Beurteilung des Streitwerts in der zweiten Phase nicht direkt anzulasten. Dies immer unter der Voraussetzung, dass die Neubewertung des Hauptanspruchs auf erst im Laufe des Verfahrens bekannt gewordene Umstände zurückzuführen ist, deren Kenntnis nur durch die beantragte Auskunft oder Rechnungslegung zu erlangen war und deren Unkenntnis eine exakte Bezifferung des Leistungsanspruchs zunächst nicht zulies.¹⁰⁰⁹ Erfolgt die Anpassung hingegen aufgrund schwindender Prozesschancen, ist dies als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren und der Kläger kann auf seiner ursprünglichen Angabe behaftet werden.

Eine solche Berechnung des Streitwerts bestätigt auch eine Betrachtung des Streitob- 324
jekts: Dieses wird grundsätzlich mit Klageanhebung fixiert. Bei der Stufenklage wird aber gerade dahingehend eine Ausnahme gemacht, als dass von einer Fixierung der exakten Höhe abgesehen wird, es sich mithin nicht um einen subjektiv bezifferten Anspruch handelt. Der eingeklagte Anspruch wird quantitativ nicht reduziert oder erweitert, sondern – aufgrund des Informationsdefizits bei Prozessbeginn – erstmals festgelegt, sodass keine Klageänderung vorliegt. Noch unter einem anderen Aspekt rechtfertigt sich schliesslich eine nachträgliche Anpassungsmöglichkeit auch nach unten: Bestünde regelmässig das Kostenrisiko des Überklagens, wäre es ratsamer – sofern möglich –, mittels vorsorglicher Beweisführung (i.S.v. Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO) die benötigten Unterlagen zu verlangen, um anschliessend eine bezifferte Hauptklage

¹⁰⁰⁸ Vgl. KUKO ZPO-OBERHAMMER, Art. 85 N 7.

¹⁰⁰⁹ LEUMANN LIEBSTER, 233 mit Verweis auf von der herrschenden Lehre abweichende deutsche Entscheidungen.

anzuheben. Damit wäre die Möglichkeit zur Stufenklage stark eingeschränkt, wenn nicht sogar gänzlich ausgehöhlt. Eine Anpassung hat aus diesem Grund möglich zu bleiben.

b) Ausnahme der Streitwertanpassung

325

Von der genannten Regel ist jedoch eine Ausnahme angezeigt. In Fällen, in welchen nach erfolgtem Teilurteil ein so tiefer Betrag resultiert, dass er den Wert der Streitigkeit in keiner Art und Weise widerspiegelt – mithin auch ein Abstellen auf diesen Betrag v.a. für die obsiegende Partei unbillig wäre und nur schwer durch Ausnützen des Ermessensspielraums korrigiert werden könnte – oder wenn sich kein positiver Saldo¹⁰¹⁰ zugunsten des Klägers ergibt, hat das Gericht einen Ermessensentscheid zu fällen, um welchen Betrag der Streitwert tatsächlich reduziert wird. Untere Grenze für das Herabsetzen des definitiven Streitwerts ist m.E. in jedem Fall der Streitwert der ersten Stufe, d.h. der geschätzte Bruchteilswert des (damals angenommenen) Hauptanspruchs. Denn der Gesamtstreitwert bestimmt sich stets nach dem höchsten der beiden verbundenen Ansprüche, was zwar regelmässig der Zahlungsanspruch ist.¹⁰¹¹ Beträgt letzterer indessen weniger als der auf der ersten Stufe angenommene Streitwert, rechtfertigt es sich nicht, den Gesamtstreitwert anzupassen, da das Interesse des Stufenklägers an der Information nicht unberücksichtigt bleiben darf.¹⁰¹² Beziffert der Kläger den Streitwert (insb. zur Verhinderung von Kosten) auf zweiter Stufe tiefer als auf erster Stufe festgelegt, hat diese Angabe folglich unberücksichtigt zu bleiben. Beim zu fällenden Ermessensentscheid hat das Gericht deshalb stets diese Minimalgrenze vor Augen zu halten resp. diesen Streitwert als Gesamtstreitwert anzunehmen, da auf diese Weise das Angreiferinteresseprinzip berücksichtigt wird und darin letztlich der Wert des Streitobjekts widerspiegelt wird.¹⁰¹³

¹⁰¹⁰ SIEGEL, 68 ff., spricht von einer sog. «negativen Auskunft».

¹⁰¹¹ So bspw. HGer ZH vom 6. Dezember 2001, HG990220, publiziert in ZR 102 (2003) Nr. 9.

¹⁰¹² GL.M. SIEGEL, 69.

¹⁰¹³ Im Ergebnis ähnlich LEUMANN LIEBSTER, 235.

3. *Verteilung der Prozesskosten*

Nach dem Gesagten berechnet sich der definitive Streitwert nicht durch Addition der beiden Ansprüche, sondern bemisst sich im Normalfall ausschliesslich aufgrund des Streitwerts des Hauptanspruchs. Dennoch kommt dem Streitwert auf erster Stufe insoweit eine eigenständige Bedeutung zu, indem es bei der Verteilung der Prozesskosten den Ausgang der ersten Stufe mit zu berücksichtigen gilt. Eine Kostenverteilung nur anhand des Obsiegens auf zweiter Stufe vorzunehmen, wäre nicht sachgerecht. So hätte der Kläger, welcher zwar auf erster Stufe vollständig obsiegt, in der zweiten Stufe aber unterliegt, sämtliche Prozesskosten zu tragen, was unter Umständen bei einer Gesamtbetrachtung nicht sachgerecht ist. 326

Zur Bestimmung des Verhältnisses zwischen Obsiegen und Unterliegen i.S.v. Art. 106 Abs. 2 ZPO schlägt LEUMANN LIEBSTER der Einfachheit halber eine quotenmässige, fixe Anrechnung des präparatorischen Informationsanspruchs von 20 % vor.¹⁰¹⁴ Diese im Ergebnis wohl sehr praktikable Berechnungsart wird der Komplexität der Stufenklage jedoch nicht gerecht. Zu berücksichtigen ist vielmehr die unterschiedliche Gewichtung der beiden Stufen. Mit einem Teil der deutschen Lehre¹⁰¹⁵ ist demnach wie folgt vorzugehen: Zuerst ist der Streitwert des präparatorischen Informationsanspruchs auf erster Stufe – gleich dem Rechtsmittelstreitwert des ersten Entscheids – festzulegen. Dieser berechnet sich wie aufgezeigt anhand einer prozentmässigen Wertquote (10–50 %) des bezifferten Hauptanspruchs.¹⁰¹⁶ Rein kalkulatorisch wird der so ermittelte Streitwert zum Streitwert des Hauptanspruchs hinzugerechnet.¹⁰¹⁷ Davon ist der Be- 327

¹⁰¹⁴ LEUMANN LIEBSTER, 236.

¹⁰¹⁵ MüKomm-BECKER-EBERHARD, § 254 N 32 ff.; ähnlich ASSMANN, 127 f., welche zusätzlich allfällige Mehrkosten berücksichtigt sehen will. Zum Lehrmeinungsstreit bei der Kostenfestsetzung in Deutschland ausführlich SIEGEL, 114 ff.

¹⁰¹⁶ Vgl. vorne Rz 229 ff. sowie vorne Rz 319. Der für ein Rechtsmittel provisorisch errechnete Streitwert der ersten Stufe ist nicht bindend. Ergibt die Bezifferung des Anspruchs auf zweiter Stufe einen von der klägerischen Schätzung abweichenden Streitwert, ist auf diesen Wert als Hauptanspruch abzustellen.

¹⁰¹⁷ Ähnlich ist das Vorgehen bei einer Widerklage, vgl. hinten Rz 336. Gleich wurde im Urteil des HGer AG vom 16. Februar 2012, HOR.2007.39, E. 8, vorgegangen.

trag des verhältnismässigen Obsiegens auf erster Stufe, addiert mit dem erstrittenen Betrag auf zweiter Stufe, ins Verhältnis zum Unterliegen zu setzen.

- 328 Folgendes Beispiel zur Illustration: Der Kläger reicht eine Stufenklage mit einem auf Fr. 120'000.-- geschätzten Streitwert beim Gericht ein. Er obsiegt mit seinem Informationsbegehren auf Aktenedition im ersten Teilurteil zu rund 50 %, wobei das Gericht den quotenmässigen Wert am Hauptanspruch aufgrund des klägerischen Interesses auf einen Drittel (33.3 %) festsetzt. Die Beschwerde ans Bundesgericht steht den Parteien somit offen (Rechtsmittelstreitwert von Fr. 40'000.--). In der Folge beziffert der Kläger seinen Anspruch auf Fr. 90'000.--. Im Endentscheid spricht das Gericht dem Kläger einen Betrag von Fr. 30'000.-- zu. Der Gesamtstreitwert beträgt somit Fr. 90'000.--. Die Kostenverteilung berechnet sich wie folgt: Der Kläger obsiegt auf der ersten Stufe mit einem kalkulatorischen Betrag von Fr. 15'000.-- (Obsiegen zu 50 % am mit 33.3 % quotenmässig festgelegten Anteil am nachträglich bezifferten Hauptanspruch von Fr. 90'000.--), auf zweiter Stufe mit einem Betrag von Fr. 30'000.--. Insgesamt obsiegt er folglich mit einem (kalkulatorischen) Betrag von Fr. 45'000.-- an einem (kalkulatorischen) Gesamtwert von Fr. 120'000.--. Mithin beträgt das Verhältnis Obsiegen zum Unterliegen und damit die Verteilung der Prozesskosten rund 1:2 (Kläger obsiegt mit 37.5 %).

F. Widerklage

I. Keine Addition der Streitwerte als Grundsatz

- 329 Art. 94 Abs. 1 ZPO regelt den Grundsatz, dass der Streitwert von Haupt- und Widerklage nicht zusammengerechnet wird; massgebend ist vielmehr das höhere Rechtsbegehren. Die Terminologie ist indessen wenig präzise, wenn auf das höhere Rechtsbegehren verwiesen wird, da der höhere Streitwert der durch Klage und Widerklage vorgetragenen Rechtsbegehren gemeint ist.¹⁰¹⁸ Bei Erhebung einer Widerklage sind daher zunächst die Streitwerte der Haupt- und Widerklagebegehren separat zu ermit-

¹⁰¹⁸ BSK ZPO-RÜEGG, Art. 94 N 1; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 94 N 4. Ebenso RICKLI, Rz 371 mit Hinweis auf den Wortlaut von Art. 85 VE ZPO.

teln.¹⁰¹⁹ Der höhere Wert ist sodann gemäss Art. 94 Abs. 1 ZPO relevant. Der Streitwert der Widerklage berechnet sich dabei nach den gleichen Grundsätzen wie derjenige der Hauptklage.

Anders als bei der einfachen Streitgenossenschaft und der objektiven Klagenhäufung (Art. 93 Abs. 2 ZPO) wird keine Sonderregelung für das Beibehalten der Verfahrensart aufgestellt, sondern der Streitwert bestimmt sich mit Ausnahme des Gebührenstreitwerts ausschliesslich nach dem höheren Begehren. Hier schuf der Gesetzgeber keinen Schutz der Klage mit dem tieferen Streitwert, sondern die sachliche Zuständigkeit kann durch Widerklage verändert werden.¹⁰²⁰ Dieser Abweichung zu Art. 93 ZPO liegt der Gedanke zu Grunde, dass – getreu dem Angreiferinteresseprinzip¹⁰²¹ – stets der Kläger die Prozessgestaltung in der Hand haben und aufgrund der Mehrheit der Begehren keine andere sachliche Zuständigkeit begründet werden soll, als wenn die (Wider-)Klage mit dem höheren Streitwert alleine erhoben worden wäre.¹⁰²² Bei einer

¹⁰¹⁹ HAAS/SCHLUMPF, 303 mit Hinweisen auf die h.M. Dieselben Autoren kritisieren diese Vorgehensweise jedoch sogleich mit dem interessanten Gedanken, dass tatsächlich gerade keine Streitwertbestimmung nach Art. 94 Abs. 1 ZPO vorgenommen werde, da stets zunächst geprüft werde, ob die Voraussetzungen einer Widerklage gemäss Art. 224 Abs. 1 ZPO, mithin die gleiche Verfahrensart, vorlägen. Würde zuerst der Streitwert nach Art. 94 Abs. 1 ZPO bestimmt, resultierte nur ein Streitwert – nämlich derjenige des höheren Begehrens – und die Voraussetzung der gleichen Verfahrensart wäre immer gegeben. Ein solches Vorgehen werde auch bei der objektiven Klagenhäufung angewandt, weshalb bei einer Widerklage analog vorzugehen sei (HAAS/SCHLUMPF, 303 ff., insb. 306). Diese Auffassung ist m.E. trotz nachvollziehbarer Überlegung abzulehnen (ebenfalls ablehnend RAPOLD/FERRARI-VISCA, 391; EMMEL, 77). Denn anders als bei der objektiven Klagenhäufung handelt es sich im Fall von Art. 94 Abs. 1 ZPO um zwei separate Klagen, welche bereits aufgrund des Wortlauts der Bestimmung zwei separate Streitwerte haben, die deshalb auch einzeln festzulegen sind. Überdies erfolgt die Widerklage naturgemäss erst nach Eingang der Klage und somit in einem Verfahrensstadium, in welchem eine erste Beurteilung der sachlichen Zuständigkeit und der Verfahrensart bereits stattgefunden hat. Eine direkte Analogie zur objektiven Klagenhäufung zu ziehen, erscheint daher nicht angezeigt.

¹⁰²⁰ Nicht aber die Verfahrensart, da ansonsten die Widerklage nicht zulässig wäre (Art. 224 Abs. 1 und 2 ZPO).

¹⁰²¹ Vgl. hierzu vorne Rz 137 sowie insb. auch vorne Rz 157 ff.

¹⁰²² ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 94 N 4 m.w.H. HAAS/SCHLUMPF, 304, sehen darin eine Einschränkung der «Manipulationsmöglichkeit» des Beklagten in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit.

Widerklage tritt der Widerkläger ebenfalls wie ein Kläger auf, da es sich um eine selbständige Klage mit einem unabhängigen Anspruch handelt.¹⁰²³ Deshalb soll der Widerkläger auch Einfluss auf den Prozess (mitsamt den Risiken) nehmen dürfen.

331

Aus verfahrensrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob und in welcher Höhe vom Widerkläger ein zusätzlicher Kostenvorschuss i.S.v. Art. 98 ZPO zu verlangen ist. Da es sich bei der Widerklage um eine selbständige Klage handelt und sich der Gebührenstreitwert meistens erhöhen wird, ist diese Frage grundsätzlich zu bejahen.¹⁰²⁴ Unklar ist indes, ob dies auch gilt, wenn sich Klage und Widerklage gegenseitig ausschliessen, sodass sich die Gerichtskosten lediglich nach dem höheren Rechtsbegehren bestimmen. Denn nur wenn die Widerklage den Streitwert erhöht, ergäben sich höhere Gerichtskosten und der Kostenvorschuss wäre zu erhöhen. Eine solche Differenzierung ist m.E. jedoch noch nicht in diesem Verfahrensstadium vorzunehmen. Ob sich Klage und Widerklage ausschliessen, lässt sich regelmässig erst im Urteilszeitpunkt durch das erkennende Gericht abschliessend beurteilen. Die Frage nach dem gegenseitigen Ausschluss gilt es folglich nicht bereits bei der Verfahrenseinleitung zu präsumieren. Um ausserdem eine Gleichbehandlung¹⁰²⁵ der beiden Parteien zu gewährleisten, ist auch für die Widerklage ein Kostenvorschuss zu erheben. Dieser bemisst sich nach dem Streitwert der Widerklage ohne Berücksichtigung von Art. 94 ZPO, mithin ohne Beachtung eines u.U. durch die Widerklage verursachten degressiven Gebührentarifs.¹⁰²⁶ Dem regelmässig geringeren Aufwand im Verhältnis zum

¹⁰²³ BGE 123 III 35 E. 3c.

¹⁰²⁴ Gl.M. RAPOLD/FERRARI-VISCA, 393; SUTTER-SOMM, Rz 1093; GASSER/MÜLLER/PIETSCH-KOJAN, 10; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 224 N 18; Botschaft ZPO, 7293. Ebenfalls zur analogen kantonalen Vorschrift HGer AG vom 3. Juni 2009, HOR.2007.24, E. 8.1.

¹⁰²⁵ Der Verzicht auf das Einfordern eines Kostenvorschusses vom (allfällig mittellosen) Widerkläger würde diesen ungleichermaßen gegenüber dem Kläger bevorteilen, da ersterer sein Angriffsmittel im Prozess vorbringen könnte, ohne sein Kostenrisiko mit einem Kostenvorschuss decken zu müssen. Eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigt sich m.E. nicht.

¹⁰²⁶ Die endgültigen Gerichtskosten werden wohl praktisch in jedem Fall tiefer ausfallen als die beiden geleisteten (addierten) Vorschüsse. Dies gilt aufgrund der degressiven Ausgestaltung der kantonalen Gebührentarife selbst dann, wenn die Streitwerte nicht i.S.v. Art. 94 Abs. 2 ZPO zusammengerechnet werden.

erhöhten Streitwert bei einer Addition der Streitwerte resp. dem erhöhten Aufwand im Falle des gegenseitigen Ausschlusses (keine Addition) ist bei der konkreten Ausgestaltung der Prozesskosten Rechnung zu tragen.

II. Addition der Streitwerte als Ausnahme

Im Allgemeinen ist der gleiche Streitwert sowohl für die sachliche Zuständigkeit und die Verfahrensart als auch für die Höhe der Prozesskosten massgebend.¹⁰²⁷ Art. 94 Abs. 2 ZPO bestimmt jedoch als *lex specialis* im Fall der sich gegenseitig nicht ausschliessenden Klage und Widerklage eine Durchbrechung des Grundsatzes in dem Sinne, dass die Streitwerte zur Bestimmung der Prozesskosten zusammenzurechnen sind. *Ratio legis* von Art. 94 Abs. 2 ZPO liegt gemäss Botschaft im höheren wirtschaftlichen Wert, welcher erst durch Erheben der Widerklage zum Ausdruck kommt und sich in den Prozesskosten niederschlagen soll.¹⁰²⁸ Die früheren kantonalen Gesetze stellten teilweise abweichende Regelungen auf, die sich mit guten Gründen vertreten lassen: So spricht für eine Zusammenrechnung zwar der Umstand, dass durch die Widerklage der Prozess an Bedeutung gewinnt und dem Gericht mehr zur Beurteilung unterbreitet wird. Die gegenteilige Ansicht und die Mehrheit der früheren kantonalen Gesetze betonte hingegen den Grundsatz, dass das Streitobjekt nach dem klägerischen Interesse im Zeitpunkt der Klageerhebung zu bestimmen sei, und sahen daher keine Zusammenrechnung vor.¹⁰²⁹ Der Bundesgesetzgeber mass der ersten Variante bezüglich der Prozesskosten mehr Gewicht zu, was in der Lehre teilweise kritisiert wird.¹⁰³⁰

¹⁰²⁷ Wobei sich bei den Streitwertberechnungsvorschriften Unterschiede ergeben können, vgl. die Ausführungen vorne Rz 46 ff.

¹⁰²⁸ Botschaft ZPO, 7292.

¹⁰²⁹ Vgl. die Ausführungen bei GOEPFERT, Streitwertberechnung, 24 ff.

¹⁰³⁰ Vgl. insb. RICKLI, Rz 372 ff., mit ausführlichen Bemerkungen bezüglich der verschiedenen Streitwertarten.

Bei einer Widerklage liegt ein gegenseitiger Ausschluss in der Regel dann vor, wenn zwei Klagen aus dem gleichen Rechtsverhältnis herrühren und sich die Klageantwort nicht nur in der Bestreitung des Klagefundaments erschöpft, sondern selbständige Begehren enthält.¹⁰³¹ Entscheidend ist folglich, ob nur entweder die Klage oder die Widerklage gutgeheissen werden kann; möglich ist auch eine nur teilweise Guttheissung bzw. Abweisung. Hat die Guttheissung der einen Klage als logische Konsequenz die Abweisung der anderen zur Folge, sind die Streitwerte nicht zu addieren.¹⁰³² Das Bundesgericht spricht denn auch von einem gegenseitigen Ausschluss, «wenn es logisch widerspruchsvoll wäre, trotz voller Guttheissung der einen Klage auch die andere ganz oder teilweise zu schützen, mithin wenn aus der Guttheissung der einen Klage die Abweisung der andern folgt».¹⁰³³ Kann die Widerklage hingegen unabhängig vom

¹⁰³¹ HESS, 89. Dies gilt bspw., wenn zwei Automobilisten gegenseitig Schadenersatzansprüche aus einem Autozusammenstoss geltend machen. Nur ein Automobilist kann mit seinem Anspruch durchdringen, weshalb sich die Ansprüche gegenseitig ausschliessen.

¹⁰³² BGer 4A_473/2010 E. 1.1. Beispiele eines gegenseitigen Ausschlusses: Klage auf Kaufpreiszahlung und Widerklage auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Kaufvertrags; Klage auf Bezahlung des Kaufpreises und Widerklage, mit welcher infolge Wandelung Ersatz der Kosten für die Feststellung der Mängel geltend gemacht wird; Klage des Mieters auf Schadenersatz wegen ungenügenden Unterhalts des Mietobjekts und Widerklage des Vermieters auf Ausführung dieser Reparaturarbeiten; Klage auf Rückzahlung von Geschäftseinlagen und Widerklage auf Auflösung und Liquidation der Gesellschaft, vgl. BSK BGG-RUDIN, Art. 53 N 12; POUDET/SANDOZ-MONOD, Art. 47 N 3.2. Weitere Beispiele bei Gehri/Kramer-MOHS, Art. 95 N 4. Ebenso im deutschen Recht, SCHNEIDER/HERGET, Rz 3094 sowie Rz 3100 ff. mit verschiedenen Beispielen.

¹⁰³³ BGE 108 II 51 E. 1.

Ausgang der Klage gutgeheissen oder abgewiesen werden, schliessen sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig aus und die Streitwerte sind zu addieren.¹⁰³⁴

Es fragt sich allerdings, womit eine solche Addition nur bei der Gebührenstreitwertbe- 334
rechnung gerechtfertigt wird. Denn es liesse sich mit Fug und Recht vertreten, aufgrund einer Widerklage werde der wirtschaftliche Wert eines Rechtsstreits in jedem Fall erhöht, da es auch bei einem gegenseitigen Ausschluss von Klage und Widerklage mehr zu beurteilen gibt, als wenn nur eine Klage im Streit steht. Das Abstellen auf den höheren wirtschaftlichen Wert stellt somit lediglich vordergründig ein Argument zur Abgrenzung dar. Der Gesetzgeber schien eine Widerklage, welche die Hauptklage ausschliesst, im Wesentlichen als Verteidigungsinstrument zu betrachten,¹⁰³⁵ weshalb diesfalls keine Erhöhung der Kosten erfolgen soll. Diese Auffassung überzeugt in Anbetracht des zu berücksichtigenden Angreiferinteresseprinzips sowie der dadurch erfolgten Gleichbehandlung einer bloss auf Abweisung der Klage lautenden Antwort

¹⁰³⁴ ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 94 N 12. BSK BGG-RUDIN, Art. 53 N 13, nennt unter Verweis auf POUDRET/SANDOZ-MONOD, Art. 47 N 3.2, folgende illustrative Beispiele (kein gegenseitiger Ausschluss): Klage auf Auflösung einer Gesellschaft und Widerklage über Modalitäten der Liquidation; Klage des Arbeitnehmers auf Schadenersatz wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung und Widerklage des Arbeitgebers auf Rückgabe von Arbeitsgeräten oder Schadenersatz für ihm vom Arbeitnehmer zugefügten Schaden; von Unternehmen gegenseitig geltend gemachte Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb; Klage auf Vollendung oder Verbesserung eines Werks und Widerklage auf Leistung der Vergütung für die bereits ausgeführte Arbeit. Weitere Beispiele bei Gehri/Kramer-MOHS, Art. 95 N 5.

¹⁰³⁵ ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 94 N 11 m.w.H.

aber nicht. Dennoch ist aufgrund des klaren Wortlauts an der gesetzlichen Vorschrift *de lege lata* nicht zu rütteln.¹⁰³⁶

335

Insgesamt erscheint die Bestimmung von Art. 94 ZPO als wenig geglückt. Denn bereits aus grundsätzlichen Überlegungen ist nicht nachvollziehbar, weshalb der höhere wirtschaftliche Wert eines Rechtsstreits bei der Berechnung des Gebührenstreitwerts berücksichtigt werden soll und zu einer Erhöhung des Streitwerts führen kann (Art. 94 Abs. 2 ZPO), bei der Festlegung des Zuständigkeits-, Verfahrens- oder Rechtsmittelstreitwerts hingegen stets unbeachtlich bleiben soll. Einerseits widerspricht diese Konzeption der historischen Erkenntnis, wonach der Streitwert und damit die Kostenfolge möglichst vorhersehbar sein sollten,¹⁰³⁷ was bei unterschiedlichen Berechnungsvorschriften unweigerlich zu einer Erschwerung führt. Andererseits sollen gerade die genannten drei Streitwertarten im Verhältnis zum Gebührenstreitwert nicht eingeschränkt werden. Zumindest beim Rechtsmittelstreitwert steht vielmehr der wirtschaftliche Wert des Streits im Vordergrund und weniger die Bedenken, dass der Widerkläger einen zu grossen Einfluss auf das Verfahren nehmen kann.¹⁰³⁸ Ferner folgt Art. 94 ZPO in der vorliegenden Fassung der in Art. 93 ZPO zum Aus-

¹⁰³⁶ Abzulehnen ist deshalb auch die von Brunner/Gasser/Schwander-DIGGELMANN, Art. 94 N 8, vertretene Auffassung, wonach durch eine weite Auslegung von Art. 94 Abs. 2 ZPO der erhöhten wirtschaftlichen Bedeutung Rechnung zu tragen ist, wenn der Bestand bzw. Nichtbestand eines Vertrags im Streit steht. Zu denken ist an folgendes Beispiel: Klagt ein Käufer auf Wandelung und Rückzahlung von Fr. 200'000.-- und der Beklagte verlangt widerklageweise die restliche Kaufpreisforderung von Fr. 100'000.--, kann nur ein Begehren gutgeheissen werden. Es liegt folglich ein gegenseitiger Ausschluss vor und der Streitwert beläuft sich gemäss Art. 94 Abs. 2 ZPO auf Fr. 200'000.--. Zwar geht es wirtschaftlich betrachtet um den Kaufpreis von insgesamt Fr. 300'000.--. Bei Gutheissung der Rückzahlung von Fr. 200'000.-- ist jedoch die Kaufpreisklage ohne weiteres abzuweisen, weshalb der wirtschaftliche Wert durch die Widerklage nicht erhöht wurde.

¹⁰³⁷ Vgl. vorne Rz 139.

¹⁰³⁸ Bemerkenswert ist, dass der Weiterzug ans Bundesgericht bei einer Widerklage an strengere Voraussetzungen geknüpft ist als bei Anwendung der ZPO. Erreicht eine der beiden Klagen die Streitwertgrenze für die Beschwerde ans Bundesgericht nicht, so gilt der höhere Streitwert gemäss Art. 53 Abs. 2 BGG nur dann auch für die tiefere Klage, wenn sich die Beschwerde auf beide Klagen bezieht. Ein solches zusätzliches Erfordernis sieht Art. 94 Abs. 1 ZPO nicht vor. Vgl. hierzu auch BSK BGG-RUDIN, Art. 53 N 1, sowie die kritischen Bemerkungen vorne Rz 94.

druck kommenden Logik nicht, wonach im Falle der Klagenhäufung die Streitwerte zusammenzurechnen sind.¹⁰³⁹ Konsequenterweise hätte der Streitwert unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise – zumindest soweit die Ansprüche sich nicht gegenseitig ausschliessen – bei sämtlichen Streitwertarten eine Anpassung erfahren müssen, sobald eine Widerklage erhoben wird.¹⁰⁴⁰

III. Verteilung der Prozesskosten

Für die Verlegung der Prozesskosten ist auch im Falle einer Widerklage gemäss 336 Art. 106 ZPO vorzugehen. Es stellt sich insofern die Frage, welcher Streitwert für die Bestimmung des Verhältnisses zwischen Obsiegen und Unterliegen¹⁰⁴¹ massgebend ist. Zwar werden die Streitwerte der Klage und Widerklage grundsätzlich nur zusammengezählt, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 2 ZPO); für die Bestimmung der Kostenverteilung sind jedoch die beiden Streitwerte in jedem Fall zu addieren. Denn es gilt zu beurteilen, zu welchem Teil vom Streit als Ganzes jede Partei obsiegt bzw. unterliegt, mithin ist der Anteil am Obsiegen in Relation zur Summe

¹⁰³⁹ ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 94 N 11, mit dem überzeugenden Hinweis, dass auch bei der objektiven Klagenhäufung eine Zusammenrechnung zweier Begehren stattfinde. Er erwähnt zur Illustration folgendes Beispiel: Fordert A von B die Herausgabe einer Sache und die Bezahlung einer Geldsumme, so bemisst sich der Streitwert nach der Summe beider Begehren. Fordert A von B hingegen die Herausgabe einer Sache und B von A die Bezahlung einer Geldsumme, so soll für die Ermittlung des Streitwerts nach Art. 94 Abs. 1 ZPO das höhere der beiden Begehren massgebend sein. Zu Recht entbehrt dieses Vorgehen in Bezug auf die Streitwertberechnung jeglicher Logik.

¹⁰⁴⁰ Ebenfalls mit entsprechender Kritik an Art. 94 ZPO HAAS/SCHLUMPF, 304; BSK BGG-RUDIN, Art. 53 N 8; BK ZPO-STERCHI, Art. 94 N 7; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 94 N 11 m.w.H.

¹⁰⁴¹ Hierzu im Allgemeinen vorne Rz 49 f.

der beiden Streitwerte zu setzen.¹⁰⁴² Dringt also ein Kläger mit seiner Forderungsklage auf Fr. 20'000.-- lediglich mit Fr. 10'000.-- durch unter gleichzeitiger Abweisung einer widerklageweise geltend gemachten Unterlassungsklage mit einem Streitwert von Fr. 10'000.--, so obsiegt er im Umfang von zwei Dritteln. Der Beklagte hat ihm folglich einen Drittel seiner Parteikosten zu ersetzen.¹⁰⁴³

IV. Negative Feststellungswiderklage

337

Wie bereits unter dem Titel der Teilklage aufgezeigt, besteht bei einer Klage mit einem Nachklagevorbehalt für den Beklagten häufig die einzig sinnvolle Verteidigungsmöglichkeit in der Erhebung einer negativen Feststellungswiderklage. Nur so kann er sich vor weiteren Klagen schützen und Gewissheit über das Bestehen einer Forderung erlangen. Höchst umstritten ist, ob sich der Streitwert der negativen Feststellungsklage nach der Höhe der gesamten Schuld bemisst, deren Nichtbestand festgestellt werden soll, oder lediglich auf den die Teilklage überschüssenden Betrag bzw. auf die vorbehaltene Mehrforderung.¹⁰⁴⁴ Die erste Variante erschien auf den ersten Blick plausibler, wenn es zu berücksichtigen gälte, welcher wirtschaftliche Wert der gesamten Streitigkeit zukommt. Denn unzweifelhaft wird die gesamte zu beurteilende Forderung den Wert der Streitigkeit darstellen, weil über diese letztlich vom Gericht

¹⁰⁴² So etwa FISCHER, 94; BK ZPO-STERCHI, Art. 106 N 9. Implizit auch BGer 4A_80/2013 E. 6.4, wobei in dieser speziellen Entscheidung keine Verteilung wie bei einer Widerklage vorgenommen wurde, weil die Beklagte widerklageweise das Nichtbestehen der klägerischen Forderung festgestellt haben wollte. Dies stelle ein verfehltes prozessuales Vorgehen dar, was aber nicht wie eine Widerklage gewichtet werden könne (i.c. wurde das unzutreffende prozessuale Vorgehen mit lediglich 10 % Unterliegen «bestraft»). Ähnlich ZK ZPO-JENNY, Art. 106 N 11, jedoch mit dem Hinweis, dass für Klage und Widerklage je separat eine Kostenverteilung vorzunehmen ist, falls diese sich gegenseitig ausschliessen. Diese Schlussfolgerung führt zum gleichen Ergebnis, stellt m.E. aber eine unnötige Verkomplizierung dar.

¹⁰⁴³ Vgl. FISCHER, 91 f., insb. auch 169.

¹⁰⁴⁴ Auf die gesamte Schuld abstellend, jedoch noch unter Berücksichtigung der kantonalen Zivilprozessordnungen SCHAI, Streitwert, 124; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 170 N 1b, sowie ebenfalls bzgl. der neuen ZPO RAPOLD/FERRARI-VISCA, 393; EMMEL, 69. Auf die Mehrforderung abstellend hingegen ZK ZPO-HAUCK, Art. 243 N 13; KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, Art. 94 N 2; GREMPER/MARTIN, 94 ff.; HAAS/SCHLUMPF, 303 f.

zu entscheiden ist. Da Art. 94 Abs. 2 ZPO den wirtschaftlichen Wert in den Vordergrund stellt, wäre es grundsätzlich sachgerecht, die Gesamtforderung als Streitwert anzunehmen.

Mit der Regelung von Art. 94 ZPO hat sich der Gesetzgeber indessen anders entschieden. Er stellt nicht ausschliesslich auf den wirtschaftlichen Wert einer Streitigkeit ab, was sich bereits darin zeigt, dass die Streitwerte von Klage und Widerklage nicht zusammenzurechnen sind, wenn sie sich gegenseitig ausschliessen. Dies obwohl der wirtschaftliche Wert einer Streitigkeit beim Erheben einer Widerklage regelmässig erhöht wird.¹⁰⁴⁵ Wie aufgezeigt ist das Kriterium des wirtschaftlichen Werts dahingehend zu präzisieren, dass es sich nur auf die vom Gericht zu beurteilende Forderung bezieht. Schliessen sich Klage und Widerklage aus, erübrigt sich eine Prüfung der tieferen Forderung und der wirtschaftliche Wert wird nicht direkt erhöht. Es ist daher lediglich auf den widerklageweise geltend gemachten Mehrwert abzustellen, sofern dieser höher ist als derjenige der Klage. Überzeugend wird daher in der Literatur ausgeführt, dass es zu einer Abweisung des eingeklagten Anspruchs keiner Widerklage bedarf und sich die negative Feststellungswiderklage folglich nur auf die übersteigende Mehrforderung beziehen kann. So könnte der Widerkläger seine negative Feststellungsklage ausdrücklich nur mit dem Restbetrag beziffern unter Abweisung der Klageforderung.¹⁰⁴⁶ Das blosse Bestreiten der Gegenforderung darf dabei nicht streitwertrelevant für die Widerklage sein.¹⁰⁴⁷ Der Streitwert der Widerklage entspricht somit der die Klage übersteigenden Mehrforderung. 338

¹⁰⁴⁵ Zu denken ist bspw. an den bereits genannten Fall einer Klage auf Kaufpreisforderung und einer widerklageweise geltend gemachten Klage auf Rückzahlung des bereits Geleisteten. Da sie sich gegenseitig ausschliessen, sind die Streitwerte nicht zusammenzurechnen. Trotzdem hat sich wirtschaftlich betrachtet der Wert erhöht, indem nunmehr eigentlich beide Beträge im Streit stehen und zu beurteilen sind, vgl. bereits vorne Rz 334.

¹⁰⁴⁶ GREMPER/MARTIN, 95 f.; HAAS/SCHLUMPF, 303. Der Widerkläger hat grundsätzlich die Wahl, ob er sein Rechtsbegehren unbestimmt lässt und lediglich Feststellung verlangt, dass keine übersteigende Forderung besteht, oder ob er ausdrücklich feststellen lassen will, dass keine weitere Forderung für einen bestimmten Restbetrag besteht.

¹⁰⁴⁷ So aber etwa RAPOLD/FERRARI-VISCA, 393.

Eine Beschränkung auf den übersteigenden Mehrbetrag ist ausserdem vor dem Hintergrund der Zulässigkeitsbeschränkung der negativen Feststellungsklage im vereinfachten Verfahren sachgerecht.¹⁰⁴⁸ Eine Widerklage ist nur dann zulässig, wenn für den geltend gemachten Anspruch die gleiche Verfahrensart wie beim Hauptanspruch gilt (Art. 224 Abs. 1 ZPO). Das kann u.U. zu einem speziellen Ergebnis führen, wie nachfolgendes Beispiel¹⁰⁴⁹ zeigt: Klagt ein Arbeitnehmer von behaupteten Fr. 50'000.-- unter Nachklagevorbehalt nur deren Fr. 30'000.-- ein, um ins vereinfachte Verfahren zu gelangen, kann der beklagte Arbeitgeber auf Klageabweisung plädieren und mittels Widerklage feststellen lassen, dass auch die restlichen Fr. 20'000.-- nicht geschuldet seien. Beliefe sich hingegen die behauptete Forderung auf Fr. 100'000.--, kann der Beklagte neben der Klageabweisung nicht widerklageweise die Feststellung beantragen, dass er dem Kläger im Fr. 30'000.-- übersteigenden Betrag nichts schulde. In diesem Falle käme für die Widerklage das ordentliche Verfahren zur Anwendung und es wäre folglich nicht auf sie einzutreten. Der Beklagte hätte nur die Möglichkeit, eine selbständige Feststellungsklage anzuheben.¹⁰⁵⁰ Beschränkte der beklagte Arbeitgeber dagegen seine negative Feststellungswiderklage auf Fr. 30'000.--, wäre fraglich, ob es nicht am Feststellungsinteresse mangelte, da gerade keine vollständige Klärung der Rechtslage möglich wäre. Auch ist nicht davon auszugehen, dass das Gericht auf die Feststellungswiderklage im Umfang von weiteren Fr. 30'000.-- eintreten würde und

¹⁰⁴⁸ Vgl. zur ganzen Problematik auch GREMPER/MARTIN, 95 f.

¹⁰⁴⁹ Ähnlich ZK ZPO-HAUCK, Art. 243 N 13.

¹⁰⁵⁰ Das Anheben einer zweiten, separaten Feststellungsklage ist allerdings aus verfahrenswirtschaftlicher Sicht und unter dem Aspekt der Vermeidung sich widersprechender Urteile als problematisch zu betrachten. HAAS/SCHLUMPF, 307 ff., zeigen zur Verhinderung solcher Konflikte interessante Lösungsansätze auf. Nicht unproblematisch ist überdies, dass es der Kläger in gewissen Konstellationen selbst in der Hand hat, eine Widerklage zu verhindern: Z.B. Anheben einer Teilklage von lediglich Fr. 20'000.-- anstatt über Fr. 30'000.-- bei einer Gesamtforderung von Fr. 60'000.--, sodass der Streitwert der negativen Feststellungswiderklage Fr. 40'000.-- betragen würde.

eine Beurteilung der restlichen Fr. 40'000.-- offen liesse.¹⁰⁵¹ Dieses Ergebnis ist hinzunehmen.

V. Zuständigkeits- und Verfahrensstreitwert; handelsgerichtliche Zuständigkeit im Besonderen

Eine ähnliche Problematik wie bei der objektiven Klagenhäufung stellt sich aufgrund von Art. 224 ZPO, welcher für die Zulässigkeit einer Widerklage lediglich die gleiche Verfahrensart wie diejenige der Hauptklage voraussetzt (Abs. 1) und betreffend die sachliche Zuständigkeit eine Überweisung an das Gericht mit der höheren sachlichen Zuständigkeit vorsieht (Abs. 2). Umstritten ist in der Lehre insb., ob vor dem Handelsgericht eine Widerklage zulässig ist, welche das Streitwerterfordernis von Fr. 30'000.-- i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO i.V.m. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG selbst nicht erfüllt.¹⁰⁵² Zwar handelt es sich bei der Widerklage um ein selbstständiges Angriffsmittel des Beklagten, weshalb wie ausgeführt zunächst die beiden Streitwerte einzeln zu bestimmen sind. Die *ratio legis* von Art. 224 ZPO liegt aber im Schutz der klägerischen Partei. Ihr soll die Möglichkeit eines vereinfachten Verfahrens (insb. die einfache und günstige Verfahrensart) nicht durch Erhebung einer Widerklage durch den Beklagten zunichte gemacht werden. Im vereinfachten Verfahren kann daher keine Widerklage über einen Anspruch erhoben werden, der dem ordentlichen Verfahren unterliegt.¹⁰⁵³ Nicht schutzbedürftig erscheint demgegenüber die beklagte Partei, wenn der Kläger eine Klage im ordentlichen Verfahren eingereicht hat (z.B. vor Handelsgericht) und die beklagte Partei Widerklage über einen Anspruch erhebt, der dem vereinfachten

¹⁰⁵¹ Vgl. GEISER, Rz 2.3. Kritisch GREMPER/MARTIN, 97; EMMEL, 83. Offen gelassen ZK ZPO-HAUCK, Art. 243 N 13. Zu erwähnen bleibt, dass sich diese Problematik nicht stellen würde, folgte man der Ansicht von HAAS/SCHLUMPF, weshalb diese Argumentation nicht vollends von der Hand zu weisen ist, vgl. vorne Fn. 1019.

¹⁰⁵² Gegen das Erfordernis des Erreichens der Streitwertschwelle RAPOLD/FERRARI VISCA, 398 ff.; GASSER/MÜLLER/PIETSCH-KOJAN, 13; GASSER/RICKLI, Art. 224 N 3; BK ZPO-KILLIAS, Art. 224 N 25; BK ZPO-BERGER, Art. 6 N 29 f.; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 224 N 14; KUKO ZPO-NAEGELI/MAYHALL, Art. 224 N 3; ähnlich SOGO, 937 ff., insb. 938; a.M. Brunner/Gasser/Schwander-PAHUD, Art. 224 N 15.

¹⁰⁵³ So bereits Botschaft ZPO, 7339.

Verfahren unterstünde. Dies jedenfalls dann nicht, wenn die Widerklage einzig aufgrund ihres Streitwerts eigentlich ins vereinfachte Verfahren gehörte und eine Konnexität zwischen den Ansprüchen besteht. Denn die klägerische Partei hat sich bereits einem ordentlichen Verfahren unterzogen und die beklagte Partei verzichtet bewusst auf den Schutz des vereinfachten Verfahrens durch Erhebung der Widerklage. Mit der h.L. ist aus prozessökonomischen Überlegungen und in Analogie zur objektiven Klagenhäufung¹⁰⁵⁴ somit auf das Erfordernis, dass die Streitwertschwelle des sachlich zuständigen Gerichts erreicht wird, zu verzichten. Allerdings ist eine Konnexität zwischen Klage und Widerklage erforderlich, damit letztere zulässig ist.¹⁰⁵⁵

VI. Verrechnung

341

Mit der Einrede der Verrechnung wird dem eingeklagten Betrag eine andere Forderung gegenübergestellt, womit die klägerische Forderung gemäss Art. 124 Abs. 2 OR getilgt wird. Im Gegensatz zur Widerklage findet ein allfällig die Klageforderung übersteigender, verrechneter Betrag keinen Eingang ins Dispositiv und ein sich dazu äusserndes Urteil ist nicht vollstreckbar. Als blosses Verteidigungsmittel des Beklagten kann die Verrechnungseinrede folglich keinen Einfluss auf die Streitwertberechnung haben; massgebend bleibt übereinstimmend mit dem Angreiferinteresseprinzip alleine das klägerische Rechtsbegehren.¹⁰⁵⁶ Dies gilt unabhängig von einer allfälligen Anerkennung der Haupt- oder Nebenforderung.¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵⁴ Vorne Rz 301.

¹⁰⁵⁵ Vgl. dazu ausführlich und überzeugend RAPOLD/FERRARI VISCA, 398 ff., insb. 402 f. Ebenfalls mit Hinweis auf das Fachwissen bzgl. der konnexen Widerklage, BK ZPO-BERGER, Art. 6 N 29.

¹⁰⁵⁶ So etwa bereits BGE 95 II 281 mit Hinweisen auf die abweichende, frühere Rechtsprechung, wonach der anerkannte, aber zur Verrechnung gebrachte Teil der Hauptforderung nicht zum Streitwert hinzugerechnet wurde. Von dieser Ansicht kehrte das Bundesgericht zu Recht ab. Ähnlich wird die Aufrechnung in Deutschland gehandhabt, indem zwar der Wert der Gegenforderung gemäss § 45 Abs. 3 GKG zum Streitwert der Hauptforderung hinzuzuzählen ist, allerdings auch nur soweit eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über sie ergeht, vgl. HILLACH/ROHS, 8 ff.; Stein/Jonas-ROTH, § 5 N 60.

¹⁰⁵⁷ Zur Primär- und Eventualverrechnung vgl. RICKLI, Rz 365.

Wird für den die Hauptklage überschüssenden Teil der Verrechnungsforderung Widerklage erhoben, gilt wie bei der negativen Feststellungsklage der geforderte Überschuss als Streitwert der Widerklage.¹⁰⁵⁸ Der höhere Streitwert ist schliesslich massgebend (Art. 94 Abs. 1 ZPO). Für die Bestimmung des Gebührenstreitwerts erfolgt in der Konstellation einer zur Verrechnung gebrachten Forderung immer eine Addition des übersteigenden Anteils, da zwei unterschiedliche Forderungen geltend gemacht werden und sich Klage und Widerklage naturgemäss nicht ausschliessen (vgl. Art. 94 Abs. 2 ZPO). Mithin ist im Ergebnis die zur Verrechnung gebrachte bzw. widerklageweise geltend gemachte Forderung stets für den Gebührenstreitwert massgebend.

Fraglich ist indes, ob es sich nicht rechtfertigte, den Streitwert einer die eingeklagte Forderung übersteigenden, aber nicht widerklageweise geltend gemachten Verrechnungsforderung – wie es ein Teil der Lehre betreffend das Eventualbegehren vorschlägt¹⁰⁵⁹ – anzupassen. Dies wäre insb. aufgrund des Umstands denkbar, dass das Gericht u.U. einen grösseren Betrag als den eingeklagten zu beurteilen hat, sofern die Verrechnungsforderung als Gesamtes abzuweisen wäre. Diese Argumentation ist allerdings nicht überzeugend, da der Verrechnungseinrede nur Verteidigungsqualität zukommt, sich die Rechtskraft daher ausschliesslich auf das Dispositiv erstreckt und das Gericht grundsätzlich nur bis zur Höhe der Hauptforderung entscheiden muss.¹⁰⁶⁰ Der selbständigen Geltendmachung einer Forderung durch den Beklagten in einem Folgeprozess stünde denn auch nichts entgegen.

¹⁰⁵⁸ BGE 102 II 397 E. 1a; 95 II 281; SCHULLER, 65; RICKLI, Rz 380; ZK ZPO-STEIN-WIGGER, Art. 91 N 19; ebenso BAUMANN, 285; BSK ZPO-RÜEGG, Art. 94 N 1 i.f.; BSK BGG-RUDIN, Art. 53 N 6; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Art. 141 N 1b m.w.H. Gleiches gilt für den Fall, wenn der Beklagte die Hauptklage an sich anerkennt und widerklageweise einen übersteigenden Betrag geltend macht (BGE 41 II 320).

¹⁰⁵⁹ Vgl. vorne Rz 303 f.

¹⁰⁶⁰ So implizit auch BGE 95 II 281. Ein nur teilweiser Entscheid über die Verrechnungsforderung setzte indes voraus, dass es sich um einen teilbaren Anspruch handelte.

§ 12 Streitwert im Massnahmeverfahren

A. Der Streitwert vorsorglicher Massnahmen

344 Mit einer vorsorglichen Massnahme lässt sich u.a. die rasche Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs oder die Sicherung wichtiger Gegenstände oder Beweismittel erreichen.¹⁰⁶¹ Auch ein solches Gesuch besitzt einen Streitwert, da es sich von Klagen im ordentlichen Verfahren einzig durch die bloss vorübergehende Wirkung, nämlich längstens bis zum Abschluss des Hauptverfahrens, unterscheidet.¹⁰⁶² Wie sich der Streitwert bestimmt, legt das Gesetz nicht fest. Es sind daher die gleichen Grundsätze wie beim ordentlichen Verfahren heranzuziehen. So ist Art. 221 ZPO aufgrund des Verweises in Art. 219 ZPO sinngemäss anwendbar, weshalb auch in einem Gesuch im summarischen Verfahren der Streitwert anzugeben ist.¹⁰⁶³ Da es in aller Regel schnell gehen muss, ist ein Gesuchsteller grundsätzlich nur in Ausnahmefällen vorgängig zur Bezifferung anzuhalten, wenn im Gesuch eine Streitwertangabe fehlt.¹⁰⁶⁴ Dies gilt insb. dann, wenn Anträge superprovisorisch (Art. 265 ZPO) gestellt werden. Das Gericht wird von sich aus einen Streitwert bzw. den Kostenvorschuss nach freiem Ermessen festlegen und kann den Gesuchsteller immer noch im Nachhinein zur Bezifferung des Streitwerts auffordern.

345 Wird mit einer vorsorglichen Massnahme eine Unterlassung beantragt, kann als Indiz für die Streitwerthöhe beispielsweise eine zur Diskussion stehende Sicherheitsleistung i.S.v. Art. 264 Abs. 1 ZPO herangezogen werden, da die Parteien damit dem Unterlassungsbegehren zumindest indirekt einen aus ihrer Sicht gerechtfertigten Wert beizumessen.¹⁰⁶⁵ Fraglich ist allerdings ganz allgemein, ob der Streitwert gleich hoch zu

¹⁰⁶¹ Vgl. statt vieler ZÜRCHER, Streitwert, 506.

¹⁰⁶² SCHAI, Streitwert, 142.

¹⁰⁶³ BSK ZPO-MAZAN, Art. 252 N 9; BSK ZPO-RÜEGG, Art. 91 N 3 i.f.; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, Art. 252 N 2; SHK ZPO-RUBIN, Art. 252 ZPO N 6. Bei Fehlen der Streitwertangabe ist gleich wie bei der ordentlichen Klage zu verfahren, vgl. vorne Rz 176 ff.

¹⁰⁶⁴ GL.M. RICKLI, Rz 149.

¹⁰⁶⁵ ZÜRCHER, Einzelrichter, 145.

bezziffern ist wie im ordentlichen Verfahren oder ob ein Abschlag vorgenommen werden muss, weil es sich um eine vorläufige Massnahme handelt. Insb. in Bezug auf immaterialgüter- und wettbewerbsrechtliche Massnahmeverfahren will ZÜRCHER generell im Vergleich zum Hauptprozess einen solchen Abschlag vornehmen, was er mit der zeitlichen Beschränkung einer vorsorglichen Massnahme begründet. Als Faustregel sei anzunehmen, der ordentliche Prozess werde selbst bei Ausschöpfen des Instanzenzugs in zwei bis drei Jahren abgeschlossen sein, was somit der maximalen Dauer eines Unterlassungsbegehrens im vorsorglichen Massnahmeverfahren entspreche.¹⁰⁶⁶ Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Denn aufgrund der von vornherein beschränkten zeitlichen Geltungsdauer einer vorsorglichen Massnahme kann das Interesse des Klägers an seinem Antrag nicht gleich gross sein wie bei einer zeitlich unbegrenzten Anordnung. Da die vorsorgliche Massnahme regelmässig nur bis zum Abschluss des ordentlichen Verfahrens ihre Wirkung entfaltet, kann der Streitwert richtigerweise nicht gleich berechnet werden, wie wenn ein Begehren auf unbeschränkte Dauer gerichtet ist. Zu denken ist insb. an vorübergehende Unterlassungsbegehren, welche den Gesuchsgegner zum Unterlassen gewisser Tätigkeiten verpflichten.¹⁰⁶⁷ In solchen Fällen ist zu berücksichtigen, dass sich die beschränkte zeitliche Dauer im wirtschaftlichen Wert des Verbots ausdrücken muss und ein Abschlag auf dem Streitwert im Vergleich zu demjenigen im Hauptprozess vorzunehmen ist. Mit der deutschen Lehre ist grundsätzlich – je nach der Bedeutung des Verfahrens für das gesamte Streitverhältnis – von einem Drittel bis die Hälfte einer zu sichernden Forderung bzw. vom Antrag im Hauptprozess auszugehen.¹⁰⁶⁸ Der Streitwert kann indessen auch ohne weiteres denjenigen der Hauptsache erreichen, wenn eine endgültige Regelung angestrebt wird oder die unmittelbar drohende Gefahr eines Rechtsverlusts beseitigt werden soll, wie bspw. bei einem vorsorglich einzutragenden Bauhandwerkerpfandrecht. Da in einem solchen Fall ein ordentlicher Prozess aufgrund der kurzen

¹⁰⁶⁶ ZÜRCHER, Streitwert, 506; ZÜRCHER, Einzelrichter, 142 ff., insb. 144; ebenso HUGI, 252; SCHAI, Rechtsschutz, Rz 275 i.f.; RICKLI, Rz 300; ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 308 N 41.

¹⁰⁶⁷ Klassische Fälle sind vorübergehende Verkaufsverbote, wie sie bspw. im vieldiskutierten Kaffee kapselstreit (Nespresso) erlassen wurden, vgl. BGE 139 III 386; 137 III 324.

¹⁰⁶⁸ SCHNEIDER/HERGET, Rz 1588 ff. m.w.H., ebenso Rz 2384.

Verwirkungsfrist (Art. 839 Abs. 2 ZGB) ohne eine vorläufige Eintragung verunmöglicht würde, ist deren Bedeutung so gross, dass es sich m.E. rechtfertigt, auch im vorsorglichen Massnahmeverfahren den vollen Betrag als Streitwert anzunehmen.

346

Die Frage, ob es in Bezug auf den Streitwert einen Unterschied machen soll, ob das vorsorgliche Massnahmeverfahren bereits vor oder erst während des Hauptprozesses angehoben wird, ist ebenfalls umstritten. ZÜRCHER zieht bei gleichzeitig mit dem Hauptprozess beantragten Massnahmen diejenige Lösung vor, bei welcher die Prozesskosten basierend auf der Grundlage des Streitwerts im Hauptprozess berechnet werden, wobei die Grundgebühr wegen der Bemühungen für die Massnahme angemessen erhöht werden könne.¹⁰⁶⁹ Demgegenüber plädiert SCHAI dafür, dass beiden Verfahren ein eigener Streitwert beizumessen sei. Dabei biete es sich aber an, die Verlegung der Kosten für das Hauptverfahren vorzubehalten, da dieses ja die Bestätigung des Massnahmeverfahrens bezwecke.¹⁰⁷⁰ Letztlich führen beide Ansätze bei der Gebührenfestlegung zu ähnlichen Resultaten, weshalb die Unterscheidung eher geringe praktische Auswirkungen hat. Aus Sicht der Parteien ist es aber eher leichter nachvollziehbar, wenn sie eine separate Aufschlüsselung der Kosten im Entscheid des Massnahmeverfahrens bzw. des Hauptprozesses vorfinden.¹⁰⁷¹ Gerade wenn auch nicht alle beantragten Massnahmen gutgeheissen werden, erscheint es sachgerecht, die Prozesskostenverteilung einzeln sowohl für das ordentliche als auch für das vorsorgliche Verfahren aufzugliedern. Dies gilt insb. dann, wenn im Hauptprozess weitere Rechtsbegehren hinzutreten, die bloss für das Verhältnis des Obsiegens bzw. Unterliegens im Hauptprozess massgebend sein können. Wird gleichzeitig mit dem ordentlichen Verfahren eine vorsorgliche Massnahme beantragt, muss sich dies allerdings dahingehend in der Streitwertberechnung niederschlagen, als dass die Massnahme von kürzerer Dauer ist, wie wenn die vorsorgliche Massnahme erst nach dem erfolgten Entscheid zu prosequieren ist.¹⁰⁷²

¹⁰⁶⁹ ZÜRCHER, Streitwert, 506; ebenso HUGI, 252.

¹⁰⁷⁰ SCHAI, Streitwert, 142 f.; SCHAI, Rechtsschutz, Rz 276.

¹⁰⁷¹ SCHAI, Streitwert, 143.

¹⁰⁷² Gl.M. SCHAI, Rechtsschutz, Rz 276.

Beantragt der Gesuchsteller den Erlass einer superprovisorischen Massnahme, d.h. vor 347
Anhörung der Gegenpartei, erfolgt die Gutheissung oder Abweisung in einer prozess-
leitenden, nicht anfechtbaren Verfügung.¹⁰⁷³ Für die Streitwertberechnung spielt es
deshalb keine Rolle, ob vorgängig über ein Superprovisorium entschieden worden
ist.¹⁰⁷⁴ Allerdings kann m.E. bei der Kostenfestsetzung der höhere Aufwand des Ge-
richts aufgrund der – meist aufwändigen – zusätzlichen Verfügung berücksichtigt
werden. Für die Kostenverteilung ist jedoch nur das Verhältnis zwischen Obsiegen
und Unterliegen im Massnahmeentscheid massgebend.

B. Streitwert der vorsorglichen Beweisführung

Mit der vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO kann ein Gesuchsteller 348
jederzeit eine Beweisabnahme verlangen, wenn das Gesetz einen entsprechenden
Anspruch gewährt (Abs. 1 lit. a), die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Be-
weismittel (Abs. 1 lit. b Teil 1) oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht
(Abs. 1 lit. b Teil 2).¹⁰⁷⁵ Insb. letztere Variante führte in der Literatur zu kontroversen
Diskussionen,¹⁰⁷⁶ welche in Bezug auf den Streitwert jedoch von keinerlei Bedeutung
sind, und durch das Bundesgericht nunmehr weitgehend geklärt wurden.¹⁰⁷⁷ Letztlich
geht es um die vorsorgliche Abnahme eines Beweismittels vor Anhebung eines
Hauptprozesses,¹⁰⁷⁸ insb. mittels Augenscheins oder Gutachtens, welches zum späte-
ren Beweis dienen soll. Zur Anwendung gelangen die Bestimmungen über die vorsorg-
lichen Massnahmen (Art. 158 Abs. 2 ZPO). Mangels eines konkreten objektiven Werts

¹⁰⁷³ Vgl. dazu KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER, Art. 265 N 4 ff.; BSK ZPO-SPRECHER, Art. 265 N 32;
ZK ZPO-HUBER, Art. 265 N 20 ff.

¹⁰⁷⁴ Ebenso RICKLI, Rz 298.

¹⁰⁷⁵ Vgl. dazu im Allgemeinen KUKO ZPO-SCHMID, Art. 158 N 1 ff.

¹⁰⁷⁶ Statt vieler GÄUMANN/MARGHITOLA, Editionsspflichten nach der eidgenössischen Zivilprozess-
ordnung, Jusletter 14. November 2011, m.H. auf die zahlreiche Literatur.

¹⁰⁷⁷ Vgl. BGE 140 III 24 E. 3.3. Ferner ebenfalls BGE 140 III 30 E. 3; 140 III 15 E. 3.

¹⁰⁷⁸ Wird eine vorsorgliche Beweisführung im Verlauf eines bereits rechtshängigen Prozesses
durchgeführt, ist sie Teil dieses Verfahrens und wird in einem Zwischenentscheid angeordnet,
womit es keiner separaten Streitwertfestlegung bedarf, ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 26a.

ist somit analog der allgemeinen Vorschriften das zweifelsohne einen wirtschaftlichen Wert aufweisende Interesse des Gesuchstellers am strittigen Beweismittel als Streitwert massgebend.¹⁰⁷⁹ Dieses Interesse kann jedoch noch weniger genau bestimmt werden als bei anderen schwierig vorzunehmenden Streitwertbemessungsfragen, da die Wichtigkeit eines Beweismittels oft gerade erst im nachfolgenden Prozess evident wird. Die Bedeutung des vorsorglich beantragten Beweismittels kann daher von unbedeutend über einen Eventualstandpunkt beweisend bis hin zum entscheidenden Beweismittel in einem Prozess variieren.¹⁰⁸⁰ Immerhin lässt sich grundsätzlich sagen, dass das Interesse des Gesuchstellers im Gewinn des allfälligen Hauptanspruchs liegt und sich sein wirtschaftliches Interesse demnach nach dem Streitwert des künftigen (oder zu vermeidenden) Hauptprozesses richtet.¹⁰⁸¹ Dies muss zumindest solange gelten, als keine weiteren Anhaltspunkte vorhanden sind, welche ein abweichendes wirtschaftliches Interesse des Gesuchstellers widerspiegeln. Das Gericht wird sich auch hier hauptsächlich an den Angaben der Parteien orientieren müssen und hat schliesslich einen Ermessensentscheid über die konkrete Höhe des Streitwerts zu fällen.¹⁰⁸²

349 Fraglich aber bleibt, ob vom Streitwert des potenziellen Anspruchs im Hauptprozess ein Abzug vorzunehmen ist. Dies liesse sich damit rechtfertigen, dass der vorsorglichen Beweisführung wie beim präparatorischen Informationsbegehren vorbereitender Charakter im Hinblick auf den (gerade zu vermeidenden Hauptprozess) zukommt.¹⁰⁸³ Es ist deshalb möglich, vom Streitwert einen gewissen Anteil in Abzug zu bringen, da das klägerische Interesse nur im Beweismittel selbst liegt. Zu berücksichtigen ist aber,

¹⁰⁷⁹ SCHAL, Streitwert, 143; Bühler/Edelmann/Killer-BÜHLER, §§ 16+17 N 18 lit. I; OGer AG vom 23. November 2011, ZSU.2011.312, E. 4.3.3.

¹⁰⁸⁰ SCHAL, Streitwert, 143, insb. mit Hinweis auf die voraussetzungslos mögliche vorsorgliche Beweisabnahme im Werkvertragsrecht.

¹⁰⁸¹ Vgl. etwa OGer ZH vom 12. Januar 2012, LF110134-O/Z02, E. 4 mit Hinweis auf BGer 5A_433/2007 E. 1. Ebenso ZK ZPO-FELLMANN, Art. 158 N 26a; SCHNEIDER/HERGET, Rz 246.

¹⁰⁸² Zum empfohlenen Vorgehen vgl. insb. vorne Rz 210 ff.

¹⁰⁸³ Vorne Rz 229. Ablehnend und auf den Wert des Hauptanspruchs abstellend die Mehrheit der deutschen Lehre, vgl. SCHNEIDER/HERGET, Rz 4861 m.w.H., insb. Rz 4866.

dass die Annahme eines höheren prozentualen Anteils angezeigt ist als beim präparatorischen Informationsbegehren, weil dem Beweismittel offensichtlich – mindestens potenziell – ein so massgebendes Gewicht beigemessen wird, dass der Hauptprozess sogar vermieden werden könnte. Im Zweifelsfalle sollte aber eine Streitwertschwelle als erreicht beurteilt werden.

Bei der Festlegung der Gerichtskosten in Summarsachen ist der Streitwert vielfach 350 von geringer Bedeutung, da die Gerichtskostentarife häufig nicht direkt streitwertabhängige Kostenrahmen vorsehen.¹⁰⁸⁴ Bei einer streitwertabhängigen Parteikostenentschädigung ist bei der vorsorglichen Beweisführung bzw. Beweisabnahme aufgrund der wenig konkreten Hinweise vermehrt unter analoger Anwendung des Äquivalenzprinzips¹⁰⁸⁵ auf den angefallenen Aufwand abzustellen. Dies vor dem Hintergrund, dass der Wert eines Beweismittels vielfach nicht eruiert werden kann und das Verhältnis zum Hauptanspruch schwierig zu schätzen ist. So ist in einem Bauprozess z.B. unklar, ob eine Expertise über eine Fassadenbeschädigung eines Hauses zu einem Streit über Schadenersatz von mehreren Millionen oder lediglich einigen hundert Franken Reparaturkosten führen wird. Bei der Bestimmung der konkreten Höhe der Parteikostenentschädigung sind somit Überlegungen zum tatsächlich angefallenen Aufwand anzustellen und der Streitwert ist lediglich als Ausgangspunkt anzusehen.¹⁰⁸⁶

¹⁰⁸⁴ Vgl. etwa § 8 VKD AG. Dies gilt zumindest in Bezug auf die Gerichtskosten. Vgl. zu den Kostentarifen der Kantone auch vorne Rz 29 ff.

¹⁰⁸⁵ Vgl. vorne Rz 141 f. sowie insb. auch vorne Rz 36 ff. bzgl. der Herabsetzungsmöglichkeit zu hoher Parteientschädigungen.

¹⁰⁸⁶ Ähnlich SCHAL, Streitwert, 143 f.

§ 13 Rechtsschutz gegen eine falsche Streitwertbestimmung

A. Anfechtung der Kostenvorschussverfügung

- 351 Wie bereits mehrfach dargelegt, zeitigt der Streitwert seine erste Wirkung in der Festlegung der Höhe des Kostenvorschusses sowie einer allfälligen Sicherheitsleistung.¹⁰⁸⁷ Beides ist von einem provisorisch festgelegten Streitwert abhängig. Fällt die Höhe des vom Instruktionsrichter verlangten Kostenvorschusses nach Ansicht des Betroffenen zu hoch aus, kann er die Kostenvorschussverfügung bzw. eine Verfügung betreffend Sicherheitsleistung mit Beschwerde anfechten (Art. 103 i.V.m. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO).¹⁰⁸⁸ Hierbei kann er nicht nur deren konkrete Höhe monieren, sondern auch eine falsche Streitwertbestimmung durch den Instruktionsrichter, die als Konsequenz einen zu hohen Kostenvorschuss nach sich zieht.¹⁰⁸⁹
- 352 Die kantonale Rechtsmittelinstanz überprüft im Beschwerdeverfahren die unrichtige Rechtsanwendung – mithin die Anwendung der bundesrechtlichen Streitwertvorschriften (*Streitwertberechnung*) – mit freier Kognition (Art. 320 lit. a ZPO).¹⁰⁹⁰ Neben den Vorschriften von Art. 91 ff. ZPO kann auch die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten, wie insb. die Verletzung des Äquivalenzprinzips¹⁰⁹¹ als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips, gerügt werden. Die Sachverhaltsüberprüfung ist dagegen auf die Willkürüge beschränkt.¹⁰⁹² Zu differenzieren ist ausserdem, wenn die Vorinstanz ihr Ermessen ausgeübt hat. So greift die obere Instanz nicht ohne Not bzw.

¹⁰⁸⁷ Vgl. vorne Rz 212 ff.

¹⁰⁸⁸ Statt vieler ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDt, Art. 319 N 12. Ausserdem kann eine Verfügung betreffend den Vorschuss für Beweiserhebungen mittels Beschwerde angefochten werden, was jedoch nicht vom Streitwert abhängig ist.

¹⁰⁸⁹ Art. 320 lit. a ZPO. Vgl. ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, Art. 103 N 4; Brunner/Gasser/Schwander-URWYLER, Art. 103 N 2.

¹⁰⁹⁰ Es kann folglich insb. die Anwendung eines falschen Tarifs, die unrichtige Festlegung des massgebenden Streitwerts oder willkürliche Ermessensausübung gerügt werden.

¹⁰⁹¹ Vgl. KUKO ZPO-SCHMID, Art. 110 N 5. Dazu ausführlich vorne Rz 33 ff.

¹⁰⁹² Art. 320 lit. b ZPO. Vgl. KUKO ZPO-SCHMID, Art. 110 N 3.

nur dann ein, wenn zugleich eine Rechtsverletzung vorliegt, mithin bei einer Ermessensüberschreitung oder -unterschreitung sowie bei Ermessensmissbrauch, nicht aber bei blosser Unangemessenheit einer Entscheidung.¹⁰⁹³ Anders als bei der Überprüfung der Streitwertberechnung wird sich die Rechtsmittelinstanz deshalb bei der Prüfung der Streitwert*bemessung*, d.h. der Festlegung einer konkreten Höhe des Streitwerts bei nicht auf Geld lautenden Begehren, eher Zurückhaltung auferlegen und nur dann einschreiten, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist.¹⁰⁹⁴ Zurückhaltung ist umso mehr angezeigt, da es lediglich um die Festsetzung des Kostenvorschusses, mithin um eine provisorische Streitwertfestlegung, geht. Die Anfechtung eines zu hohen Kostenvorschusses, welcher sich aber innerhalb des tariflich vorgesehenen Rahmens bewegt, fällt grundsätzlich ausser Betracht – sofern das Äquivalenzprinzip nicht verletzt wurde –, weil die blosser Unangemessenheit keinen zulässigen Beschwerdegrund darstellt.¹⁰⁹⁵

Die gleiche Vorgehensweise gilt für das Verfahren vor Bundesgericht bei der Beschwerde in Zivilsachen, sofern bzgl. der Hauptsache die Streitwertvorschriften erfüllt sind.¹⁰⁹⁶ Da die Streitwertberechnungsvorschriften nunmehr eidgenössisches Recht darstellen, erfolgt eine Überprüfung durch das Bundesgericht mit freier Kognition (Art. 95 lit. a BGG).¹⁰⁹⁷ Soweit es aber um das Ausüben des Ermessens geht, greift es nur ein, falls sich eine Entscheidung als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise

353

¹⁰⁹³ Vgl. BGE 139 III 334 E. 3.2.5; Brunner/Gasser/Schwander-BLICKENSTORFER, Art. 310 N 5; BK ZPO-STERCHI, Art. 310 N 8 i.f.; ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 310 N 35. A.A. RICKLI, Rz 210.

¹⁰⁹⁴ BK ZPO-STERCHI, Art. 310 N 8. Vgl. hierzu etwa BGE 139 III 334 E. 3.2.5, in welchem die Kosten von Fr. 12'000.-- für einen Nichteintretensentscheid aufgrund der Nichtleistung des Kostenvorschusses als willkürlich beurteilt wurden. Es komme einer unrechtmässigen Nichtauschöpfung des dem Obergericht eingeräumten Ermessensspielraums gleich, wenn die Vorinstanz dem Umstand, dass der Fall für das Gericht einen äusserst geringen Zeitaufwand erfordere, nicht durch eine erheblich stärkere Ermässigung der Grundgebühr Rechnung trage.

¹⁰⁹⁵ BK ZPO-STERCHI, Art. 110 N 6a.

¹⁰⁹⁶ Ansonsten kommt nur eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde in Frage (Art. 113 BGG).

¹⁰⁹⁷ Vgl. auch BGE 140 III 65 E. 1.4.

ungerecht und damit willkürlich erweist.¹⁰⁹⁸ Geht es um die konkrete, tarifmässige Höhe des Kostenvorschusses, kommt kantonales Recht zur Anwendung, weshalb das Bundesgericht die Verfügung nur auf einen Verstoss gegen Bundesrecht, insb. gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV) und Äquivalenzprinzip, überprüft.¹⁰⁹⁹ Ausserdem muss bei der Anfechtung der Kostenvorschussverfügung vor Bundesgericht das Erfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils erfüllt sein (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). In ständiger Rechtsprechung wird das Vorliegen eines solchen vom Bundesgericht bejaht, wenn mit der Zahlungsaufforderung die Androhung verbunden ist, dass im Säumnisfall auf die Klage oder das Rechtsmittel nicht eingetreten werde.¹¹⁰⁰

B. Anfechtung des Endentscheids

354

Soll nicht bereits in einer ersten Phase der (provisorische) Gebührenstreitwert angefochten werden, steht die Möglichkeit einer späteren Anfechtung des Endentscheids zur Verfügung. Dabei können sämtliche falsch berechneten Streitwertarten moniert werden, sofern diesen eine unterschiedliche Berechnung zugrunde liegt. Der Zuständigkeits- und Verfahrensstreitwert wird zwar zu Beginn des Prozesses aufgrund des ebenfalls vorläufigen Streitwerts festgelegt.¹¹⁰¹ Jedoch ergeht über die Frage der Zuständigkeit i.d.R. kein selbständiger, bejahender Zwischenentscheid, ausser das Gericht erachtet den Erlass eines solchen aufgrund von Art. 237 Abs. 1 ZPO als angezeigt.¹¹⁰² Diesfalls ist der Zwischenentscheid wie die Kostenvorschussverfügung selbst-

¹⁰⁹⁸ Vgl. BSK BGG-SCHOTT, Art. 95 N 31 ff., insb. N 34. Statt vieler BGE 136 III 278 E. 2.2.1 = Pra 99 (2010) Nr. 140, S. 917; BGer 4A_45/2013 E. 4.2.

¹⁰⁹⁹ BGE 140 III 65 E. 1.4; 135 III 513 E. 4.3; BGer 4A_45/2013 E. 5.1; 4A_296/2013 E. 2; BSK BGG-SCHOTT, Art. 95 N 8 ff. Letztlich wird es aber regelmässig um die Berechnung des Streitwerts bzw. dessen Bemessung gehen und nicht um die konkrete Ausgestaltung des kantonalen Tarifs.

¹¹⁰⁰ BGE 140 III 65 E. 1.1 m.w.H.; 133 V 402 E. 1.2; 128 V 199 E. 2b. Ebenso BSK BGG-UHLMANN, Art. 93 N 5 7. Lemma; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 103 N 2.

¹¹⁰¹ Vgl. vorne Rz 213.

¹¹⁰² Dies ist grundsätzlich dann der Fall, wenn durch eine abweichende oberinstanzliche Beurteilung sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Zeit- oder Kostenaufwand erspart werden kann. Vgl. dazu BK ZPO-KILLIAS, Art. 237 N 3 ff.

ständig anfechtbar (vgl. Art. 237 Abs. 2 ZPO). Ergeht hingegen kein selbständig anfechtbarer Zwischenentscheid, kann eine nicht bestehende Zuständigkeit oder falsche Verfahrensart – d.h. der falsch angenommene zugrunde liegende Streitwert – mit dem Endentscheid gerügt werden (Art. 310 lit. a bzw. Art. 320 lit. a ZPO). Dabei steht das gleiche Rechtsmittel zur Verfügung wie für die Hauptsache.¹¹⁰³

Der von der Vorinstanz festgelegte Rechtsmittelstreitwert kann naturgemäss nur mit dem Endentscheid angefochten werden, denn erst dann wird dieser festgelegt. Dabei ist zu bedenken, dass die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen selbst über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet. Eine gesonderte Anfechtung ist somit nicht notwendig, sondern es ist dasjenige Rechtsmittel zu ergreifen, welches gemäss eigener Streitwertberechnung für richtig erachtet wird. Eine allenfalls unrichtige Bezeichnung des Rechtsmittels schadet ohnehin nicht.¹¹⁰⁴ 355

Die Prozesskostenfestsetzung kann bei Erfüllen des Streitwerterfordernisses ohne weiteres zusammen mit dem (materiellen) Endentscheid mit Berufung (Art. 308 ZPO) bzw. Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 BGG) angefochten werden. Soll hingegen ausschliesslich die Partei- oder Gerichtskostenfestsetzung (selbständig) angefochten werden – oder liegt bspw. infolge Gegenstandslosigkeit des Verfahrens kein Endentscheid vor –, ist dies gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 1 i.V.m. Art. 110 ZPO unabhängig vom Streitwert nur mittels Beschwerde möglich. Die Rügemöglichkeiten sowie die Kognition der Rechtsmittelinstanz sind dabei dieselben wie bzgl. der Anfechtung der Kostenvorschussverfügung: Eine falsche Streitwertberechnung überprüft die Rechtsmittelinstanz mit voller Kognition, wohingegen die Streitwertbemessung bzw. die konkrete Festsetzung der Gerichts- und Parteikosten nur beschränkt überprüft werden.¹¹⁰⁵ 356

Für den Fall einer Einigung der Parteien über den Streitwert fällt eine nachträgliche

¹¹⁰³ Botschaft ZPO, 7299; BK ZPO-STERCHI, Art. 110 N 1; KUKO ZPO-SCHMID, Art. 110 N 2.

¹¹⁰⁴ BGE 134 III 379 E. 1.2 m.w.H.; BGer 1C_406/2008 E. 1.2.1.

¹¹⁰⁵ Vgl. vorne Rz 352 f.

Anfechtung des erstinstanzlichen Streitwerts von vornherein ausser Betracht, da ein solch widersprüchliches Verhalten keinen Rechtsschutz verdient.¹¹⁰⁶

C. Rechtsmittelstreitwert des Kostenentscheids

357 Sind vor kantonaler Rechtsmittelinstanz die vorinstanzlichen Prozesskosten – alleine oder neben der Hauptsache – umstritten, richtet sich der Rechtsmittelstreitwert wie bei einer Anfechtung des materiellen Entscheids nach den zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren (Art. 308 Abs. 2 ZPO).¹¹⁰⁷ Was allerdings die Berechnung des Rechtsmittelstreitwerts für eine Beschwerde ans Bundesgericht gegen den Kostenentscheid des oberen kantonalen Gerichts anbelangt, ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wie sich diesfalls der Rechtsmittelstreitwert bestimmt, uneinheitlich.¹¹⁰⁸ Nach Durchführung eines Meinungsaustausches zwischen allen betroffenen Abteilungen (Art. 23 Abs. 2 BGG) kam das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid zum Schluss, dass eine Beschwerde gegen die einzig angefochtene, die Streitwertschwelle nicht erreichende Parteientschädigung zulässig sei, sofern die vor der Vorinstanz streitig gebliebenen Begehren den erforderlichen Streitwert erreichten.¹¹⁰⁹ Massgebend sind somit wie vor erster Instanz die materiell zur Beurteilung gelangten Rechtsbegehren.

358 Waren indes bereits vor Vorinstanz die Prozesskostenfestsetzung bzw. der Kostenvorschuss der ersten Instanz angefochten, gestaltet sich die Ausgangslage anders: Das vor Vorinstanz i.S.v. Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG angefochtene Streitobjekt ist nicht mehr mit dem Streitwert der Rechtsbegehren vor erster Instanz identisch, sondern dessen Streitwert beläuft sich vielmehr nur noch auf den Betrag der von der ersten Instanz zugesprochenen und vor Vorinstanz strittigen Partei- oder Gerichtskosten bzw. des

¹¹⁰⁶ RICKLI, Rz 199.

¹¹⁰⁷ Vgl. dazu ausführlich vorne Rz 199 ff.

¹¹⁰⁸ So ausdrücklich BGE 137 III 47 E. 1.2.1 mit Verweis auf BGer 8C_60/2010 E. 1.2; 5A_52/2009 E. 1; 5D_175/2008 E. 1.1; 1C_406/2008 E. 1.1.

¹¹⁰⁹ BGE 137 III 47 E. 1.2.3.

verlangten Kostenvorschusses.¹¹¹⁰ Das Streitobjekt ist folglich ein anderes, als wenn einzig die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens vor Bundesgericht angefochten werden.

¹¹¹⁰ BGer 4D_54/2013 E. 1.2; 4D_68/2013 E. 1; 5A_261/2013 E. 1; 4A_691/2012 E. 1.1; 5A_396/2012 E. 1.2. A.A. ZK ZPO-SUTER/VON HOLZEN, Art. 103 N 9, welche auf den dem Gravamensystem ähnlichen Differenzbetrag zwischen dem im angefochtenen Entscheid festgesetzten Vorschuss und der vom Beschwerdeführer beantragten Höhe abstellen. Unklar BGer 5A_84/2012 E. 1.2, nicht publizierte Erw. in BGE 138 III 675: Zumindest die Feststellung der Vorinstanz, der Streitwert betrage Fr. 1'332'541.--, ist falsch, da lediglich der Kostenvorschuss von Fr. 34'075.-- Streitobjekt bildet.

TEIL 5: ZUSAMMENFASSUNG DER ERKENNTNISSE

A. Begriff und Funktion des Streitwerts

I. Begriff des Streitwerts

Der Streitwert beziffert den Wert des Streitobjekts und stellt einen Anknüpfungspunkt für wichtige, prozessuale Weichenstellungen dar. Er drückt den monetären Wert aus, um den gestritten wird.¹¹¹¹ Begrifflich ist zu unterscheiden zwischen der *Streitwertberechnung*, die sich auf die verschiedenen Berechnungsvorschriften für Klagearten und -formen bezieht, sowie der *Streitwertbemessung*, welche die Festlegung der konkreten Streitwerthöhe eines nicht auf Geld lautenden Rechtsbegehrens betrifft. Schliesslich bezeichnet die *Streitwertbestimmung* allgemein die Festlegung des Streitwerts, d.h. die Berechnung und Bemessung, als Oberbegriff.¹¹¹² Nur vermögensrechtliche Streitigkeiten haben einen Streitwert. Vermögensrechtlicher Natur ist eine Streitigkeit, wenn der Rechtsgrund des strittigen Anspruchs in einem Vermögenrecht ruht, indem mit der Klage letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Ist die genaue Bestimmung des Streitwerts mittels Schätzung nicht möglich, bedeutet dies nicht, dass eine Streitsache als nicht vermögensrechtlich zu qualifizieren ist. Eine solche liegt nur dann vor, wenn sie ausschliesslich einen ideellen Inhalt hat.¹¹¹³ 359

II. Funktionen des Streitwerts

Der Streitwert ist im Zivilprozess in verschiedener Hinsicht von Bedeutung und kann mehrere Funktionen ausüben. Er ist insb. von Relevanz bei der Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit (Zuständigkeitsstreitwert), der Verfahrensart (Verfahrensstreit- 360

¹¹¹¹ Vorne Rz 6.

¹¹¹² Vorne Rz 9.

¹¹¹³ Vorne Rz 10 ff.

wert), des zulässigen Rechtsmittels (Rechtsmittelstreitwert) sowie der Prozesskosten (Gebührenstreitwert).¹¹¹⁴ Hauptsächlich letzterer erfordert i.d.R. eine betragsmässig genaue Bestimmung, da sich die nach kantonalem Recht zu bestimmenden Prozesskosten neben anderen Kriterien (wie z.B. Schwierigkeit und Bedeutung der Angelegenheit, erforderliche Bemühungen etc.) regelmässig am Streitwert orientieren.¹¹¹⁵ Das blosses Feststellen des Überschreitens einer bestimmten Streitwertschwelle genügt deshalb nicht. Entscheidendes Gewicht kommt dem Streitwert zudem bei der Verteilung der Prozesskosten zu: Das Verhältnis zwischen Obsiegen bzw. Unterliegen im Prozess und die damit verbundene Kostenverteilung bestimmt sich im Wesentlichen anhand des zugesprochenen Betrags im Verhältnis zum Gesamtstreitwert.¹¹¹⁶

- 361 Da die ZPO nicht nach den genannten Funktionen unterscheidet, ist der Streitwert grundsätzlich einheitlich zu berechnen. Die ZPO sieht allerdings zahlreiche Spezialvorschriften vor. Dies führt dazu, dass faktisch jede Streitwertart separat berechnet werden muss und sich zudem der Berechnungszeitpunkt unterscheidet. Z.B. ist der Rechtsmittelstreitwert aufgrund der Spezialvorschrift von Art. 308 Abs. 2 ZPO erst am Ende des Verfahrens festzusetzen, während der Gebührenstreitwert bereits zu Beginn des Verfahrens relevant ist, um einen Kostenvorschuss festsetzen zu können.¹¹¹⁷

B. Historische und systemvergleichende Betrachtung

I. Historische Betrachtung des Streitwerts

- 362 Das vermehrte Aufkommen von Appellationsgerichten im zweiten Jahrhundert n. Chr. stellte für den römischen Gerichtsapparat eine enorme Belastung dar. Um den Zugang einzuschränken, wurde die Appellationsmöglichkeit vom Erreichen gewisser geldmässig festgelegter Mindestgrenzen abhängig gemacht.¹¹¹⁸ Diese Streitwertgren-

¹¹¹⁴ Vorne Rz 20 ff.

¹¹¹⁵ Vorne Rz 30 ff., insb. Rz 31.

¹¹¹⁶ Vorne Rz 49 f.

¹¹¹⁷ Vorne Rz 46 ff. sowie Rz 210 ff.

¹¹¹⁸ Vorne Rz 53 ff.

zen hielt Kaiser Justinian im *Corpus Iuris Civilis* fest. Damit tauchte der Streitwert erstmals als Anknüpfungskriterium für die Begrenzung der Weiterzugsmöglichkeit einer Streitigkeit auf. In den folgenden Prozessrechtserlassen verlor der Streitwert seine prominente Rolle grundsätzlich nicht mehr. Er diene hauptsächlich dazu, ökonomisch wichtige Prozesse von weniger wichtigen abzugrenzen und nur bei ersteren den vollen Instanzenzug zuzulassen.

Während die Weiterzugsmöglichkeit eines Streits bereits früh vom Streitwert abhängig gemacht wurde, waren die vom Staat veranschlagten Kosten für das zur Verfügung Stellen eines Gerichtsapparats weitgehend unabhängig vom Streitwert. Vielmehr herrschte das sog. Sportelsystem vor.¹¹¹⁹ Erst mit der Einführung der Reichskammergerichtsordnung von 1521 erlangte der Streitwert eine gewisse Bedeutung bei der Kostenausgestaltung. Die Höhe einer Gebühr stand jedoch noch stark im Zusammenhang mit der betreffenden gerichtlichen Handlung und war nur vereinzelt ausschliesslich vom Streitwert abhängig.¹¹²⁰ Ein hauptsächlich vom Streitwert abgeleiteter Gebührenrahmen setzte sich schliesslich mit dem Gerichtskostengesetz durch, das zusammen mit der Zivilprozessordnung am 1. Oktober 1879 im Deutschen Reich eingeführt wurde. Die vom Gericht zu erhebende Gebühr war eingeteilt in vom Streitwert abhängigen «Werthklassen», was eine Pauschalisierung der Kosten nach sich zog.¹¹²¹ 363

II. Anpassungsmöglichkeiten der Streitwertvorschriften

Blickt man nicht nur zurück, sondern auch in die Zukunft, kommen diverse Anpassungs- und Verbesserungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit den Streitwertvorschriften in Frage. So ist etwa die bestehende Doppelregelung zum Streitwert im BGG sowie in der ZPO nicht unproblematisch, da sich gewisse Abweichungen je nach anwendbarem Prozessrecht ergeben. Derartige Konfusionen gälte es zu vermeiden, was mit einem dynamischen Verweis im BGG auf die Regeln der ZPO ohne weiteres er- 364

¹¹¹⁹ Vorne Rz 57.

¹¹²⁰ Vorne Rz 63.

¹¹²¹ Vorne Rz 66.

reicht werden könnte.¹¹²² Ausserdem wird für einen Wechsel zum Gravamensystem plädiert, nach welchem der Rechtsmittelstreitwert anhand der Beschwer zu bestimmen ist. Denn Ziel der Einführung einer Rechtsmittelschwelle war die Beschränkung des Zugangs zur Rechtsmittelinstanz. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb diese über Klagen betreffend weit unter der Rechtsmittelschwelle angesiedelte Beträge entscheiden soll.¹¹²³

III. Systemvergleichende Betrachtung

365 Begibt man sich auf die Suche nach alternativen Systemen, welche den Zugang zum Gericht regulieren, wird man im Ausland fündig. Z.B. hat das amerikanische Modell einen beinahe gänzlich vom Streitwert unabhängigen Weg eingeschlagen. Abgesehen von einer geringen, streitwertunabhängigen *filing fee* sind die Gerichtskosten minimal; der Löwenanteil der Kosten fällt bei den faktisch zwingenden Parteivertretern an. Überdies findet grundsätzlich kein Ersatz der Parteikosten statt.¹¹²⁴ Ähnliche Regelungen sind aber auch in Europa anzutreffen. Frankreich geht etwa ebenfalls vom Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Justiz (*principe de la gratuité de la justice*) aus. Es wird unterschieden zwischen zur Prozessführung notwendigen Kosten (*dépens*), welche von Amtes wegen verlegt werden, und nicht unabdingbaren Aufwendungen (*frais*), die nur äusserst restriktiv der unterliegenden Partei auferlegt werden (z.B. Kosten des Rechtsvertreters der obsiegenden Partei).¹¹²⁵

IV. Zwischenfazit zur historischen und systemvergleichenden Betrachtung

366 Dem Streitwert als Anknüpfungskriterium verschiedener Folgen im Zivilprozess liegt nicht nur der Mangel an Alternativen zugrunde. Vielmehr zeigt die historische und systemvergleichende Betrachtung, dass mit der Wahl des Streitwerts hauptsächlich

¹¹²² Vorne Rz 93 ff.

¹¹²³ Vorne Rz 100 ff.

¹¹²⁴ Vorne Rz 123 f.

¹¹²⁵ Vorne Rz 130.

ein einfach zu handhabendes Kriterium gewählt wurde, um den Zugang zum Gerichtsapparat kontrollieren und beschränken zu können.¹¹²⁶ Der Streitwert stellt einen messbaren, objektiven Anknüpfungspunkt dar, wenn es den Zugang zum Gericht zu regulieren gilt. Hohe Streitwerte haben schwerwiegendere finanzielle Folgen und rechtfertigen einen erhöhten Aufwand seitens des Gerichts sowie der Parteien. Die Beurteilung durch einen grösseren Spruchkörper sowie die Weiterzugsmöglichkeit ans obere Gericht mit uneingeschränkter Kognition ist die sachgerechte Folge dieser ökonomischen Anknüpfung.¹¹²⁷

Ebenfalls als Anknüpfungskriterium wird der Streitwert bei der Pauschalierung der Prozesskosten herangezogen. Um Aufwand und Ertrag in ein adäquates Verhältnis zueinander zu setzen, sind die Prozesskosten vom im Streit stehenden Betrag abhängig. Dies ermöglicht auf der einen Seite ein Durchsetzen lediglich geringer Forderungen, auf der anderen Seite ist das Betreiben eines höheren Aufwands bei grösseren finanziellen Interessen gerechtfertigt. Zudem ist der Pauschaltarif einfach anzuwenden und die mutmasslichen Kosten eines Rechtsstreits lassen sich bereits im Voraus ungefähr abschätzen, was einen entscheidenden Vorteil des streitwertbasierenden Systems darstellt.¹¹²⁸ 367

V. Schlussfolgerungen

Aus der historischen und systemvergleichenden Betrachtung lassen sich drei wichtige Schlüsse ziehen: Erstens gilt der Grundsatz des Angreiferinteresseprinzips, wonach dem klägerischen Interesse bei der Streitwertfestlegung entscheidendes Gewicht beizumessen ist. Denn dieser bestimmt das Streitobjekt und damit zumindest indirekt, welche Verfahrensart zur Anwendung kommt oder welche Weiterzugsmöglichkeit gewährleistet sein soll. Bei auf Geld lautenden Rechtsbegehren richtet sich der Streitwert deshalb immer nach dem vom Kläger bezifferten Betrag. Bei nicht auf Geld lau- 368

¹¹²⁶ Vorne Rz 80 ff. sowie Rz 132 ff.

¹¹²⁷ Vorne Rz 134.

¹¹²⁸ Vorne Rz 83 f. sowie Rz 132.

tenden Rechtsbegehren ist hauptsächlich auf die klägerische Streitwertangabe abzustellen, sofern keine anderweitigen, objektiven Anhaltspunkte oder gesetzlichen Vorschriften vorhanden sind.¹¹²⁹

369 Zweitens lassen sich aufgrund der streitwertabhängigen, pauschalierten Prozesskosten die möglichen finanziellen Auswirkungen vorhersehen. Mit der streitwertabhängigen Pauschalierung der Prozesskosten wird zwar anderen Faktoren wie bspw. dem Aufwand nur geringe Bedeutung zugemessen. Der Vorteil besteht aber in der weitgehenden Kalkulierbarkeit der Kosten und damit des (finanziellen) Prozessrisikos bereits bei Prozesseinleitung. Die Parteien sollen die potenziellen Kosten – insb. auch bei nur teilweisem Obsiegen bzw. Unterliegen – abschätzen und den Aufwand dem Ertrag (bzw. potenziellen Verlust) anpassen können. Der Streitwert muss klaren Regeln unterliegen und damit für die Parteien vorhersehbar sein. Zu begrüßen sind daher Regelstreitwerte, welche einen «Standardstreitwert» als Ausgangspunkt für schwierig bestimmbare Rechtsbegehren definieren.¹¹³⁰

370 Der dritte Grundsatz besteht in einer starken Gewichtung des Äquivalenzprinzips. Als Gegenstück zur Vorhersehbarkeit der Pauschalen soll das Äquivalenzprinzip dem Gericht eine einzelfallgerechte Flexibilität hinsichtlich der Kosten ermöglichen. Nachdem eine Anpassung des Streitwerts an die konkreten, einzelfallgerechten Umstände nicht vorgenommen werden darf, da dieser weitgehend objektiven Regeln untersteht, können die Kosten anhand des Äquivalenzprinzips einer sachgerechten Lösung auch ausserhalb des vorgesehenen Kostenrahmens zugeführt werden. Dies gilt sowohl für die Gerichtskosten wie auch – in analoger Anwendung – für die Parteikosten.¹¹³¹ Notwendig ist bei einer Abweichung vom Kostentarif in jedem Fall eine entsprechende Begründung.¹¹³²

¹¹²⁹ Vorne Rz 137 f.

¹¹³⁰ Vorne Rz 139 f.

¹¹³¹ Vorne Rz 36 ff.

¹¹³² Vorne Rz 141 f.

C. Grundsätze der Streitwertbestimmung

I. Fallgruppen von Art. 91 ZPO

Aufgrund der in Art. 91 ZPO vorgesehenen gesetzlichen Regelung ergeben sich verschiedene Fallgruppen, die insb. eine unterschiedliche Überprüfbarkeit durch das Gericht mit sich bringen. Lautet das Rechtsbegehren auf eine bestimmte Geldsumme, gilt stets dieser Betrag als Streitwert.¹¹³³ Dem Gericht kommt nur eine Überprüfbarkeit in Bezug auf allfällige Berechnungsfehler, d.h. bei einer falschen Anwendung der Streitwertvorschriften, zu. Solche sind immer von Amtes wegen zu korrigieren, da sie eine Verletzung von Bundesrecht darstellen. 371

Ist ein Rechtsbegehren nicht beziffert, gilt es den Streitwert zu schätzen.¹¹³⁴ Eine Schätzung muss dabei nicht nur von den Parteien, sondern auch vom Gericht vorgenommen werden, weil ansonsten keine Überprüfung auf offensichtliche Fehlerhaftigkeit i.S.v. Art. 91 Abs. 2 ZPO stattfinden kann. Die Überprüfbarkeit des Gerichts hängt dabei im Wesentlichen davon ab, ob objektive Anhaltspunkte im Sachverhalt vorliegen. Mithin kann das Gericht nur dort ohne weiteres die Parteiangaben korrigieren, wo es seine abweichende Annahme anhand von objektiven Angaben begründen kann. 372

Fehlen objektive Anhaltspunkte im Sachverhalt, können einzig die Parteien dem Streitobjekt einen subjektiven Wert beimessen. Dabei ist in erster Linie auf übereinstimmende Parteiangaben abzustellen. Beziffern beide Parteien den Streitwert auf den gleichen Betrag, ist eine gerichtliche Korrektur wegen offensichtlicher Fehlerhaftigkeit nur dann möglich, sofern die Parteien den Streitwert absichtlich zu tief bemessen, um höhere Gerichtskosten zu umgehen. Stimmen die Parteien mit ihrer Streitwertbezifferung nicht überein, hat das Gericht den Streitwert nach pflichtgemäßem Ermessen zu schätzen, wobei es an Recht und Billigkeit gebunden ist. Entscheidendes Gewicht kommt der klägerischen Streitwertangabe zu; dieser ist aufgrund des Angreiferinter- 373

¹¹³³ Vorne Rz 143 ff.

¹¹³⁴ Vorne Rz 160 ff.

resseprinzips grundsätzlich mehr Gewicht beizumessen als der Angabe der beklagten Partei. Ein Einschreiten ist zwar nicht mehr nur bei offensichtlicher Fehlerhaftigkeit möglich, das Gericht hat sich aber um äusserste Zurückhaltung zu bemühen.¹¹³⁵

- 374 Gehen hingegen aus den Akten objektive Anhaltspunkte zum Streitwert hervor, besteht eine grössere Überprüfungsmöglichkeit durch das Gericht; die Schwelle zur offensichtlichen Fehlerhaftigkeit ist schneller überschritten. Dies insb. deshalb, weil sich eine abweichende richterliche Streitwertannahme basierend auf den vorhandenen objektiven Angaben ohne weiteres begründen lässt. Stimmen die Parteien im Streitwert überein, muss sich das Gericht mit deren Begründung auseinandersetzen und darf nur dann von den Angaben abweichen, sofern es dies entsprechend belegen kann. Erfolgen keine übereinstimmenden Angaben der Parteien, stellen die Behauptungen zum Streitwert lediglich Indizien dar, anhand welcher sich die Bemessung des Streitwerts zu orientieren hat. Entscheidenderes Gewicht ist hier vielmehr den objektiven Anhaltspunkten beizumessen. Anhand dieser hat das Gericht den Streitwert festzulegen.¹¹³⁶

II. Verfahren der Streitwertbestimmung

- 375 Das Verfahren zur Bestimmung des Streitwerts gliedert sich zusammenfassend in zwei Phasen: In einer ersten Phase ist ein lediglich provisorischer Streitwert anzunehmen. Der Instruktionsrichter hat den vom Kläger bezifferten Streitwert grundsätzlich ungeprüft zu übernehmen, sofern sich die Angabe *prima facie* nicht bereits als offensichtlich falsch i.S.v. Art. 91 Abs. 2 ZPO herausstellt. Anhand dieses provisorischen Werts sind der Kostenvorschuss sowie die Verfahrensart festzulegen und es ist eine erste Überprüfung der sachlichen Zuständigkeit vorzunehmen. Zudem ist dieser Streitwert bei vorzeitiger Erledigung des Verfahrens infolge Parteierklärung oder fehlender Prozessvoraussetzungen massgebend.¹¹³⁷

¹¹³⁵ Vorne Rz 166 ff.

¹¹³⁶ Vorne Rz 169 ff.

¹¹³⁷ Vorne Rz 190 sowie Rz 212 ff.

In einer zweiten Phase, bei Urteilsfällung, wird der Streitwert aufgrund der im Laufe des Prozesses gewonnenen Erkenntnisse vom erkennenden Gericht neu bzw. noch einmal berechnet und definitiv festgelegt. Zu diesem Zeitpunkt liegt dem Gericht der ganze Prozessstoff vor und der Beklagte konnte sich zum Streitwert ebenfalls äussern. Der Streitwert ist deshalb nunmehr definitiv festzulegen, wobei je nach vorliegender Fallgruppe von Art. 91 ZPO unterschiedlich vorzugehen ist. Der definitive Streitwert dient hauptsächlich zur Festlegung der Prozesskosten. Zudem ist der Rechtsmittelstreitwert unter Berücksichtigung der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren – nicht massgebend ist hingegen die Beschwer – gemäss der *lex specialis* in Art. 308 Abs. 2 ZPO zu berechnen.¹¹³⁸ Wie in dieser zweiten Phase der definitive Streitwert zu bestimmen ist, hängt im Wesentlichen von der jeweiligen Klageart bzw. -form ab. 376

D. Besondere Vorschriften zur Streitwertbestimmung

I. Streitwert einzelner Klagearten

Ist das Rechtsbegehren nicht beziffert, gilt es den objektiven Wert des Streitobjekts zu schätzen.¹¹³⁹ Die Schätzung orientiert sich an vorhandenen objektiven Anknüpfungspunkten, die abhängig von der jeweiligen Klageart sind. So bestimmt sich bspw. der Streitwert eines Informationsbegehrens am zugrunde liegenden Hauptanspruch. Aufgrund des dienenden Charakters eines präparatorischen Informationsanspruchs beläuft sich der Streitwert indessen bloss auf einen Bruchteil des Hauptanspruchs, wobei eine Spanne von 10–50 % sachgerecht erscheint.¹¹⁴⁰ Auch bei gesellschaftsrechtlichen Klagen ist das zugrunde liegende wirtschaftliche Interesse an der Klage massgebend. Entgegen dem Angreiferinteresseprinzip ist jedoch ausnahmsweise nicht auf das Klägerinteresse, sondern auf das Gesamtinteresse der beklagten Gesellschaft abzustellen.¹¹⁴¹ 377

¹¹³⁸ Vorne Rz 215 ff.

¹¹³⁹ Vorne Rz 219 ff.

¹¹⁴⁰ Vorne Rz 224, insb. Rz 234.

¹¹⁴¹ Vorne Rz 253 ff., insb. Rz 254.

- 378 Aufgrund des Grundsatzes der Vorhersehbarkeit ist eine uneinheitliche Streitwertfestlegung möglichst zu vermeiden und es sind Regelstreitwerte, welche einen «Standardstreitwert» als Ausgangspunkt für schwierig bestimmbare Rechtsbegehren definieren, festzulegen. Ein solcher ist z.B. hilfreich bei der Festlegung des Streitwerts eines Arbeitszeugnisses oder einer immaterialgüterrechtlichen Streitigkeit. Zwar muss eine gewisse Flexibilität gewährleistet sein, doch rechtfertigt sich bei ersterem als Ausgangspunkt die Annahme eines Monatslohns.¹¹⁴² Für die Quantifizierung markenrechtlicher Klagen ist abgestuft nach wirtschaftlicher Bedeutung von Regelstreitwerten zwischen Fr. 50'000.-- und Fr. 100'000.-- für unbedeutende, zwischen Fr. 250'000.-- und Fr. 500'000.-- für mittlere und im Millionenbereich für gewichtige Kennzeichen auszugehen.¹¹⁴³
- 379 Besondere Aufmerksamkeit ist der genauen Festlegung des Streitobjekts unbezifferter Rechtsbegehren zu schenken: Ist z.B. bei einem Erbteilungsstreit der Teilungsanspruch an sich streitig, bildet die gesamte Erbmasse den Streitwert; ist hingegen nur ein bestimmter Anteil am Gesamtnachlass streitig, stellt das strittige Betreffnis den Streitwert dar.¹¹⁴⁴ Besteht das Streitobjekt nicht in einem einmalig geschuldeten Betrag, sondern in einer periodischen Leistung, gilt es deren Wert zu kapitalisieren.¹¹⁴⁵ Art. 92 Abs. 2 ZPO legt den Kapitalwert einer auf unbeschränkte Dauer wiederkehrenden Nutzung oder Leistung auf den zwanzigfachen Betrag der einjährigen Nutzung fest. Besonders im Mietrecht resultieren daraus häufig hohe Gebührenstreitwerte mit entsprechend hoher Kostenfolge. Eine solche gilt es zwar in vom Sozialgedanken geprägten Rechtsgebieten zu verhindern, allerdings nicht auf der Ebene der Streitwertfestlegung, sondern vielmehr durch Anwendung des Äquivalenzprinzips bei der konkreten Kostenausgestaltung.¹¹⁴⁶

¹¹⁴² Vorne Rz 237 f.

¹¹⁴³ Vorne Rz 273 ff.

¹¹⁴⁴ Vorne Rz 262.

¹¹⁴⁵ Vorne Rz 240.

¹¹⁴⁶ Vorne Rz 244 ff., insb. Rz 246.

II. Streitwert einzelner Klageformen

Bedient sich der Kläger einer besonderen Klageform, stellen sich hauptsächlich Fragen 380 betreffend die Streitwertberechnung. Einige wurden von der Rechtsprechung weitgehend beantwortet (z.B. dass bei einer Teilklage nur auf den eingeklagten Betrag abgestellt werden darf)¹¹⁴⁷, andere sind noch immer ungeklärt. Aus letzterer Kategorie ist insb. die schwierige Streitwertbestimmung einer unbezifferten Forderungs- bzw. Stufenklage herauszugreifen, mit welcher sich die Gerichtspraxis noch immer schwer tut.¹¹⁴⁸ Das Vorgehen der Streitwertbestimmung in zwei Phasen resp. auf zwei Stufen ist hier besonders augenfällig: Der bloss provisorisch angenommene Streitwert stützt sich lediglich auf die klägerische Streitwertangabe, welche entgegen dem Wortlaut von Art. 85 Abs. 2 ZPO möglichst präzise sein soll.¹¹⁴⁹ Aufgrund der Natur als präparatorischer Hilfsanspruch hat das Auskunftsbegehren auf erster Stufe einen eigenen Streitwert, welcher sich in prozentualer Abhängigkeit von der Hauptforderung berechnet und sich je nach Interesse an der Auskunft in einer Spanne von 10–50 % bewegt.¹¹⁵⁰ Nach Bezifferung der Forderung geht er allerdings im (höheren) Hauptbegehren auf, welches den nunmehr definitiven Streitwert darstellt.¹¹⁵¹ Eine Addition wie bei der objektiven Klagenhäufung erfolgt nicht. Vom alleinigen Abstellen auf das später bezifferte Hauptbegehren ist nur dann abzusehen, wenn auf zweiter Stufe ein derart tiefer Betrag resultiert, dass er den Wert der Streitigkeit in keiner Art und Weise widerspiegelt oder sich kein positiver Saldo zugunsten des Klägers ergibt. Das Gericht hat diesfalls den provisorisch festgelegten Streitwert nach Ermessen zu reduzieren, wobei der Streitwert des Auskunftsbegehens die unterste Grenze darstellt.¹¹⁵²

¹¹⁴⁷ Vorne Rz 281 ff.

¹¹⁴⁸ Vorne Rz 305 ff. sowie Rz 314 ff.

¹¹⁴⁹ Vorne Rz 317 ff.

¹¹⁵⁰ Vorne Rz 319.

¹¹⁵¹ Vorne Rz 317 f.

¹¹⁵² Vorne Rz 322 ff. sowie insb. Rz 325 f.

III. Streitwert im Massnahmeverfahren

- 381 Der Streitwert eines nicht auf Geld lautenden Rechtsbegehrens ist im vorsorglichen Massnahmeverfahren – insb. bei Unterlassungsklagen – nicht gleich hoch zu beziffern wie im ordentlichen Verfahren. Aufgrund der beschränkten zeitlichen Dauer ist ein Abschlag im Verhältnis zum Streitwert im ordentlichen Verfahren vorzunehmen. Der Streitwert ist grundsätzlich auf einen Drittel bis die Hälfte der vorsorglich zu sichernden Forderung festzulegen. Er kann indessen auch den vollen Streitwert der Hauptforderung erreichen, wenn ohne die vorsorgliche Massnahme die unmittelbare Gefahr eines Rechtsverlusts droht wie bspw. bei einem vorsorglich einzutragenden Bauhandwerkerpfandrecht.¹¹⁵³

IV. Rechtsschutz gegen falsche Streitwertbestimmung

- 382 Gegen eine falsche Festlegung des Gebührenstreitwerts kann bereits durch Anfechtung der Kostenvorschussverfügung vorgegangen werden oder erst durch Ergreifen eines Rechtsmittels gegen den späteren Endentscheid.¹¹⁵⁴ Während die Rechtsmittelinstanz eine von der Vorinstanz falsch vorgenommene Streitwert*berechnung* mit voller Kognition überprüfen darf, hat sie sich bei der Streitwert*bemessung* und der konkreten Festlegung der Prozesskosten innerhalb des vorgegebenen Rahmens grosse Zurückhaltung aufzuerlegen und darf nur bei Willkür einschreiten.¹¹⁵⁵

¹¹⁵³ Vorne Rz 344 ff., insb. Rz 345.

¹¹⁵⁴ Vorne Rz 351 ff. sowie Rz 354 ff.

¹¹⁵⁵ Vorne Rz 352.

Stichwortverzeichnis

A

Affektionswert	117
Aktienrechtliche Streitigkeit	
– Anfechtung Generalversammlungsbeschlüsse	10
– Mutationen im Verwaltungsrat	10
– Revisionsstelle	10
– Sonderprüfer	10
– Statutenänderungen	10
Alimente	s. wiederkehrende Leistungen
Änderung	
– der Klage	146
– des Werts	149
– im Klageumfang	146
– Kursschwankung	149
Änderung des Streitobjekts	146
Angreiferinteresseprinzip	104, 115 ff.
Anhaltspunkte	125
Anknüpfungskriterium	59, 61
Anpassung des Streitwerts	27
Anpassungsmöglichkeiten	69

Anschlussberufung	158
Appellation	42
Äquivalenzprinzip	24, 106, 188
Arbeitsrechtliche Klagen	
– Arbeitszeugnis	180
Arbeitsrechtliche Streitigkeit	10, 180
– Arbeitszeugnis	10, 180
Arrest	113
Arrestkosten	224
Ausgleichungsklage	203
Auskunftsbegehren	169
– Aufklärung	170
– Bruchteilsquote	176
– Rechenschaftsablage	170
– Rechnungslegung	170

B

Barwert	s. Leibrente
Begriff	
– Streitwertbemessung	5
– Streitwertberechnung	5
– Streitwertbestimmung	5
Begriff des Streitwerts	4

Begründungspflicht	128
Bepflanzungen	208
Beschwer	s. Gravamensystem
Beschwerdeverfahren	136
Bestimmungszeitpunkt	140
Betreibungskosten	224
Beurkundungskosten	225
Bezifferung	134
– Aufforderung zur	134
– Obliegenheit	135
– offensichtlich unrichtig	125
– Versäumnis	134

C

Civil law	84
Common law	94
Contingent fees	95
Corpus Iuris Civilis	41
Cost follow the event	s. Unterliegensprinzip
Cost shifting	94

D

Deutschland	84
-------------	----

– Kostengrundentscheidung	84
Dispositionsmaxime	109, 115
Doppelrelevante Tatsachen	147
Duldungsklage	189

E

Einigung	129, 132
Entscheid	
– Teil-	150
– Vor-	150
– Zwischen-	150
Erbrechtliche Streitigkeit	11, 114, 202
– Aufsichtsverfahren	11
– Ausgleichungsklage	203
– Erbteilung	202
– Herabsetzungsklage	203
– Ungültigkeitsklage	203
– Willensvollstrecker	11, 26, 114, 204
Erbteilung	202
Ermessensklagen	244

F

Fallgruppen	123
-------------	-----

Familienrechtliche Streitigkeit	14
– Anfechtung Kindesverhältnis	14
– Besuchsrecht	14
– Scheidungsklagen	14
– Sorgerecht	14
Festlegung des Streitwerts	
– einheitliche Festlegung	34
Feststellungsklage	167, 191
– negative	191
Filing fee	93
Firmenrecht	219
Firmenrechtliche Streitigkeit	12
Fixierung	140
– im Rechtsmittelverfahren	153
– Klageeinreichung	142
– Rechtshängigkeit	142
– Schlichtungsverfahren	142
Funktionen des Streitwerts	15
– Gebührenstreitwert	21
– Rechtsmittelstreitwert	20
– Verfahrensstreitwert	32
– weitere	32
– Zuständigkeitsstreitwert	15

G

Gebührenstreitwert	21
– Gerichtskosten	21
– Parteientschädigung	21
– Prozesskosten	21
– vor erster Instanz	144
Gebührentarif des Bundesgerichts	31
Gemeines Recht	45
Genossenschaftliche Streitigkeit	11
Genugtuung	10
Gerichtskosten	21, 224
Gesellschaftsrechtliche Streitigkeit	193
– Angreiferinteresseprinzip	194
– Generalversammlungsbeschlüsse	10
– Gesamtinteresse	195
– Liquidation	199
– Nichtigkeit von Beschlüssen	197
– Organisationsmangel	10
– Organisationsmängel	200
– Revisionsstelle	10
– Sonderprüfer	199
– Statutenänderungen	10
– Stimmrecht	196

– Suspendierung von Stimmrechten	26
– Wiedereintragung	11
– wirtschaftliche Interessen	193
Gesetzeskonkurrenz	240
Gestaltungsklage	192
Gravamen	s. Gravamensystem
Gravamensystem	73, 154
Gutachten	131

H

Helvetik	54
Herabsetzungsklage	203

I

Ideelle Natur	13
Immaterialgüterrechtliche Streitigkeit	12, 209
– Feststellungsklage	212
– Grundsatz	211
– Kennzeichenrecht	213
– Markenrecht	12
– Nichtigkeitsklage	211, 212
– Übertragung einer Marke	211
– Unterlassungsklage	212, 214

– Verbot	214
Immissionen	208
Informationsbegehren	169
– Bezifferung	172
– Bruchteil	175
– kompensatorischer	170
– präparatorischer	170
– präparatorisches	173
– reines	172
– Verhältnis zum Hauptanspruch	174
Informationsklage	254
Interesse	
– klägerisches	117
– unterschiedliche objektive	119
Interessenstreitwert	117
Interessenwert	114
Ius commune	s. Gemeines Recht

J

Juristische Person	
– Nichtigkeit	14
– Zuspprechung des Liquidationserlöses	14

K

Kapitalisierung	183, 184
Kennzeichenrecht	213
Klageänderung	146
Klageanerkennung	146
Klageformen	221
– Klagenhäufung	230
– Teilklage	221
– Widerklage	264
Klagenhäufung	230
– Eventualbegehren	240
– gegenseitiger Ausschluss	239
– Gesetzeskonkurrenz	240
– keine Zusammenrechnung	239
– objektive	230, 235
– Solidargläubiger	233
– Streitgenossenschaft	231
– subjektive	230
– Verfahrensstreitwert	234
Klagenkumulation	s. Klagenhäufung
Kodifikationen	55
Kognition	124
Kollokationsklage	113

Kostendeckungsprinzip	24
Kostengrundentscheidung	84
Kostenrisiko	86
Kostenstreitwert	s. Gebührenstreitwert
Kostenvorschuss	144
Kursschwankung	149
 L	
Lagerkosten	225
Lauterkeitsrecht	209, 217
– Regelstreitwert	218
Legalitätsprinzip	30
Leibrente	185
Leistungsklage	167, 168
– bestimmte Geldsumme	168
– keine bestimmte Geldsumme	169
– wiederkehrende Leistungen	183
– Zug-um-Zug	179
Liebhaberwert	117
Liquidation einer Gesellschaft	199
Lohn	s. wiederkehrende Leistungen
Loser pays rule	s. Unterliegensprinzip

M

Massnahmeverfahren	278
– Faustregel	279
– Gebühren	280
– Prozesskostenverteilung	280
– Superprovisorium	281
– zeitliche Begrenzung	279
Mietrechtliche Streitigkeit	10, 185
– Ausweisung	186
– Erstreckung	10, 186
– Gebührenstreitwert	188
– Kündigung	185
– übermässige Kostenfolge	188

N

Nachklagevorbehalt	223
Namensrecht	13
Nebenforderung	
– akzessorische	223
– Arrestkosten	224
– Bestrafung wegen Ungehorsam	224
– Betreibungskosten	224
– Beurkundungskosten	225

– Gerichtskosten	224
– Hinterlegungskosten	224
– Lagerkosten	225
– Parteikosten	224
– Prozesskosten	223
– Rechtsöffnungskosten	224
– Schlichtungsverfahren	224
– Transportkosten	225
– Übergabekosten	225
– Urteilspublikation	227
– Versteigerungskosten	225
– vorprozessuale Anwaltskosten	228
– Zinsen	223
– Zollkosten	225
Nebenforderungen	223
Negative Feststellungswiderklage	272
Nichtigkeitsklagen	212
Nutzniessung	s. wiederkehrende Leistungen

O

Objektive Klagenhäufung

– Grundsatz	235
– handelsgerichtliche Streitigkeit	238

– Konnexität	236
– Verfahrensstreitwert	237
– Zuständigkeitsstreitwert	238
Offensichtliche Unrichtigkeit	125
Organisationsgesetz	57
Organisationsmängelverfahren	10, 200

P

Parteikosten	s. Prozesskosten
Pauschalierung	102
Personenrechtliche Streitigkeit	13
– Gegendarstellungsrecht	13
– Namensrechtliche Streitigkeit	13
– Persönlichkeitsrechte	13
Pfandklage	226
Phasen	160
– definitive Festsetzung	164
– erste	161
– vorläufige Festsetzung	161
– zweite	164
Präjudizierende Wirkung	164
Prorogationsmöglichkeit	s. Zuständigkeitsstreitwert
Prozesskosten	21, 28

– Ausgestaltung	32
– Bemessungskriterien	22
– Erhöhung	29
– Parteientschädigung	22
– Reduktion	29
– Tarifordnungen	22
– Verteilung	36
 R	
Rechtsbegehren	122
– bestimmte Geldsumme	109
– nicht auf bestimmte Summe lautend	122
Rechtsmittel	s. Rechtsschutz
Rechtsmittelbelehrung	155
Rechtsmittelstreitwert	20, 152
– vor Rechtsmittelinstanz	152
Rechtsmittelverfahren	152
– Anschlussberufung	158
– Gebührenstreitwert	156
– Rechtsmittelstreitwert	152
– Verfahrensstreitwert	156
Rechtsöffnungskosten	224
Rechtsschutz	284

– Endentscheid	286
– Kostenfestsetzung	286
– Kostenvorschuss	284
– Prozesskostenfestsetzung	287
– Rechtsmittelstreitwert	287
– Streitwertbemessung	285
– Verfahrensstreitwert	286
– Zuständigkeitsstreitwert	286
Rechtsvergleichung	
– Amerikanisches Modell	92
– American Rule	94
– Common law	94
– Contingent fees	95
– Cost shifting	94
– Filing fee	93
– Loser pays rule	93
– Small claims courts	96
– Französisches Modell	98
– Dépens	98
– Frais	99
– Schwedisches Modell	98
– Englisches Modell	97
Regelstreitwert	218

Reichskammergerichtsordnung	47
Renten	s. wiederkehrende Leistungen
Restipulatio	43
Retournierung	134
Rückzug der Klage	146

S

Sachenrecht

– Stockwerkeigentümersversammlung	11
Sachenrechtliche Klagen	206
– Bepflanzungen	208
– Immissionen	208
– Stockwerkeigentum	207
Schätzung	122, 124
– pflichtgemässes Ermessen	127
Schiedsgerichtsbarkeit	63
– AAA	67
– ad-hoc	63
– IAR	67
– ICC	64
– ICC Rules	64
– institutionelle	64
– LCIA	66

– Swiss Rules	65
– UNCITRAL Rules	65
– WIPO	67
Schlichtungsverfahren	224
Schweigen	132
Small claims courts	96
Solidarobligation	232
Sonderprüfer	199
Sponsionae	43
Sporteln	44, 87
Stammrecht	s. wiederkehrende Leistungen
Stockwerkeigentum	207
– Anfechtung Beschluss	207
– Ausschluss	207
Stockwerkeigentümerversammlung	
– Ausschluss	12
Streitgegenstand	111
– Teilgehalt	113
Streitgenossenschaft	231
– aktive	231
– einfache	232
– passive	231
Streitinteresse	109, 118

– tatsächliches	118
Streitobjekt	111, 112
– Wertänderung	149
Streitwert	
– definitive Festsetzung	164
– Einigung	123
– normativer	115
– Phasen	140
– provisorischer	162
– Schätzung	124
– vor erster Instanz	140
– vorläufige Festsetzung	161
Streitwertangabe	133, 136
Streitwertbemessung	115
Streitwertberechnung	114
Streitwertbestimmung	109, 160
– Ausgangspunkt	109
– besondere Vorschriften	167
– Phasen	160
– Rechtsbegehren	109
Streitwertfestlegung	
– Rechtsmittelstreitwert	35
Streitwertfestsetzung	s. Streitwertfestlegung

Stufenklage	251
– Auskunftsanspruch	252
– Ausnahme der Streitwertanpassung	262
– Hilfsanspruch	252
– Informationsanspruch	254
– Klageänderung	259
– Kostenfestsetzung	256
– nachträgliche Anpassung	259
– Präparatorischer Hilfsanspruch	254
– Prozesskostenrisiko	260
– Prozesskostenverteilung	263
– Quantifizierung	258
– Streitobjekt	261
– zweistufiges Verfahren	252
Substantiierung	128
Summarverfahren	283
Systeme	
– Deutschland	84
– Ermessen	90
– Gebührenfreiheit	91
– nach Aufwand	87
– streitwertbasierendes	83

T

Teilklage	221
– echte	221
– Nachklagevorbehalt	223
– offene	221
– unechte	221
– verdeckte	221
Teilobligationen	232
Terminologie	5, 72
Transparenz	s. Vorhersehbarkeit
Transportkosten	225
Trennung der Streitwertarten	79

U

Übergabekosten	225
Überprüfungsbefugnis	124, 127, 129
Unbezifferte Forderungsklage	242
– Anpassung	250
– Bezifferung des Anspruchs	249
– Ermessensklagen	244
– Mindeststreitwert	243, 247
– Phasen	244
– prima facie-Prüfung	246

– Stufenklage	251
– Überklagen	250
– vorläufige Mindeststreitwertangabe	246
– zweistufiges Verfahren	246
– Zweite Stufe	249
Unbezahlte Forderungsklage i.w.S.	244
Unbezahlte Forderungsklagen i.e.S.	s. Ermessensklagen
Unlauterer Wettbewerb	s. Wettbewerbsrechtliche Streitigkeit
Unterhaltszahlungen	s. wiederkehrende Leistungen
Unterlassungsklage	189
– Quantifizierung	190
Urteilspublikation	227

V

Verbandsklage	9
Verbesserung	134
Vereinfachung der Streitwertregeln	77
Vereinigung	235
Vereinsrechtliche Streitigkeit	11, 13
– Anfechtung von Beschlüssen	14
– Mitgliedschaft	14
Verfahren	
– der Streitwertbestimmung	160

Verfahrensstreitwert

- vor erster Instanz 148

Vermögensrechtliche Streitigkeit 6, 8

- nicht vermögensrechtlich 12, 30

Versteigerungskosten 225

Verzicht auf eine Streitwertangabe 133

Vorfrage 150

Vorhersehbarkeit 86, 105

Vorprozessuale Anwaltskosten 228

Vorsorgliche Beweisführung 281

- Hauptprozess 282
- präparatorisches Informationsbegehren 282

Vorsorgliche Massnahmen s. Massnahmeverfahren

Vorzeitige Prozesserledigung 144

W

Währung 144

Wechselkurs 144

Wert

- Marktwert 121
- -minderung 120
- objektiver 114, 119
- subjektiver 114, 115

Wertänderung	149
Werthklassen	51
Wertkonstanz	149
Wettbewerbsrecht	s. Lauterkeitsrecht
Wettbewerbsrechtliche Streitigkeit	12
Widerklage	264
– Addition	267
– Grundsatz	264
– Handelsgerichtliche Zuständigkeit	275
– Kostenvorschuss	266
– Negative Feststellungswiderklage	272
– Prozesskostenverteilung	271
– Rechtsmittelstreitwert	270
– Verfahrensstreitwert	270
– Verrechnung	276
– Zuständigkeitsstreitwert	270
Wiederkehrende Leistungen	183
– Kapitalisierung	183
Willensvollstrecker	204
Willkür	125

Z

Zollkosten	225
------------	-----

Zuständigkeitsstreitwert	15
– Einzelgericht	16
– Handelsgerichtliche Zuständigkeit	17
– Kollegialgericht	16
– Prorogationsmöglichkeit	19
– sachliche Zuständigkeit	16
– Schlichtungsbehörde	17
– vor erster Instanz	146

Akademische Ausbildung

2016	Doktorat bei Prof. Dr. Oberhammer
2014/15	LL.M. (University of New South Wales)
2013	CAS in Leadership, Führung AARGAU an der FHNW
2010	Rechtsanwaltspatent
2003 – 2008	Universität Zürich, Studium der Rechtswissenschaft

